

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM  
NORMA SUELI PADILHA  
UBALDO CESAR BALTHAZAR

COORDENADORES

**DIREITO, ESTADO  
E SOCIEDADE**  
**HOMENAGEM  
AOS 50 ANOS  
DO PPGD/UFSC**

**VOLUME I**



**MATRIOSKA**  
EDITORA



**DIREITO, ESTADO  
E SOCIEDADE  
HOMENAGEM  
AOS 50 ANOS  
DO PPGD/UFSC**

**VOLUME I**

## **Conselho Editorial**

**Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga**, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

**Alysson Leandro Mascaro**, Universidade de São Paulo – USP

**André Araújo Molina**, ESMATRA – MT

**Angela Issa Haonat**, Universidade Federal do Tocantins – UFT

**Armando Luiz da Silva**, Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC

**Carmem Lúcia Costa**, Universidade Federal de Goiás – UFG, Campus Catalão

**Fernando Gustavo Knoerr**, Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba

**Fernando Rovira Villademoros**, Universidade de la Empresa (UDE) – Uruguai

**Fernando Fita**, Universidad de Valencia – Espanha

**Flávio Leão Bastos Pereira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo

**Lucas Gonçalves da Silva**, Universidade Federal de Sergipe – UFS

**Marcelo Lamy**, Universidade Santa Cecília – UNISANTA, Santos – SP

**Motauri Ciocchetti de Souza**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

**Norma Sueli Padilha**, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

**Óscar Requena Montes**, Universitat Rovira i Virgili, Espanha

**Reginaldo de Souza Vieira**, Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc

**Ricardo Maurício Freire Soares**, Universidade Federal da Bahia – UFBA

**Sandra Mara Campos Alves**, Fiocruz/Brasília-DF

**Sandra Regina Martini**, Universidade UNIRITTER, Rio Grande do Sul

**Sérgio Salomão Schecaira**, Universidade de São Paulo – USP

**Sonia Francisca de Paula Monken**, Universidade Nove de Julho – Uninove, São Paulo

**Thereza Christina Nahas**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP COGEAE

**Viviane Coelho de Sellos Knoerr**, Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba

**Viviane Gonçalves Freitas**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG



JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM  
NORMA SUELI PADILHA  
UBALDO CESAR BALTHAZAR

COORDENADORES

**DIREITO, ESTADO  
E SOCIEDADE  
HOMENAGEM  
AOS 50 ANOS  
DO PPGD/UFSC**

**VOLUME I**



**MATRIOSKA**  
EDITORA

©2022, José Sérgio da Silva Cristóvam, Norma Sueli Padilha  
Ubaldo Cesar Balthazar  
(coord.)

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610/1998.  
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

**Publisher** – Editorial: Luciana Félix

**Publisher** – Comercial: Patrícia Melo

**Copidesque e preparação de texto:** Renato Mello Medeiros e Luísa L. S. de Souza

**Revisão:** Equipe Matrioska Editora

**Editoração e capa:** Marcelo Correia da Silva

### **Matrioska Editora**

Atendimento e venda direta ao leitor:

[www.matrioskaeditora.com.br](http://www.matrioskaeditora.com.br)

[contato@matrioskaeditora.com.br](mailto:contato@matrioskaeditora.com.br)

[facebook.com/matrioskaeditora](https://facebook.com/matrioskaeditora)

[instagram.com/matrioskaeditora](https://instagram.com/matrioskaeditora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito, Estado e sociedade [livro eletrônico] :  
Homenagem aos 50 anos do PPGD/UFSC : volume 1 /  
organização Ubaldo Cesar Balthazar, Norma  
Sueli Padilha, José Sergio da Silva Cristovam.  
-- 1. ed. -- São Paulo : Matrioska Editora,  
2022.  
PDF

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-65-86985-57-3

1. Programa de Pós-Graduação em Direito -  
Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC) -  
História I. Balthazar, Ubaldo Cesar. II. Padilha,  
Norma Sueli. III. Cristovam, José Sergio da Silva.

23-145873

CDD-379.898164

#### **Índices para catálogo sistemático:**

1. Programa de Pós-Graduação em Direito :  
Universidade Federal de Santa Catarina :  
História 379.898164

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Impresso no Brasil

2022

# Coordenadores

---

## **José Sérgio da Silva Cristóvam**

Professor Adjunto de Direito Administrativo na Graduação, Mestrado e Doutorado da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Profesor invitado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC), membro efetivo da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) y de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS) e da Red de Derecho Administrativo Contemporaneo (REDAC). ORCID: <<http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>> – E-mail: [jscristovam@gmail.com](mailto:jscristovam@gmail.com)

## **Norma Sueli Padilha**

Professora Permanente do Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do PPGD/UFSC (2019/2022). Professora Adjunta da UFSC. Possui Pós-Doutorado pelo IFCH da Universidade Estadual de Campinas e Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa: Meio Ambiente, Trabalho e Sustentabilidade – GPMETAS/UFSC. Gerente Editorial da Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos do PPGD/UFSC. Membro honorário do CONPEDI. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Ganhadora do Prêmio Jabuti 2011, categoria Direito, com a obra: Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.

## **Ubaldo Cesar Balthazar**

Professor titular aposentado da UFSC. Ex-Reitor da UFSC, ingressou como docente em 1º de março de 1978. Doutor em Direito pela Universidade Livre de Bruxelas, Mestre e Graduado em Direito pela UFSC. Atua na seara do Direito Tributário, tributos, Sistema Tributário Nacional, Direito Público e princípios constitucionais tributários. Coordenou os Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (PPGD), foi Chefe do Departamento, Vice-Diretor e Diretor do CCJ e Presidente do Conselho Curador da Fundação José Arthur Boiteux. Escritor, tem vários livros e artigos publicados. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB e do Instituto dos Advogados de SC.

# **Autores**

---

## **Adriana Silva Maillart**

Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Professora e Pesquisadora do Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Sócia da AXM Consultoria e Treinamentos.

## **Bruno Teixeira Peixoto**

Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc. Pesquisador colaborador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA) e do Grupo de Estudos em Direito Público (Gedip). Advogado. Endereço eletrônico: brunoteixeirapeixoto@hotmail.com

## **Carlos Henrique Machado**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor da Faculdade CESUSC. Advogado. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3768179854318949>>. ORCID ID: 0000-0001-6991-5266.

### **Cristina Mendes Bertoncini Correa**

Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Professora Adjunta do Curso de Direito da UFSC. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e de Estágios da UFSC. Coordenadora do Projeto de Extensão Núcleo de Mediação e Conciliação da UFSC. Advogada.

### **Daniel Deggau Bastos**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Defensor Público do Estado de Santa Catarina. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. E-mail: danieldeggaubastos@gmail.com

### **Denise Pinheiro**

Doutora em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com estágio de doutoramento pela Université de Strasbourg). Mestre e Bacharela em Direito/UFSC. Professora de Direito da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC/ESAG. E-mail: denise.pinheiro@udesc.br

### **Dóris Ghilardi**

Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela Univali-SC. Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina. Sub-Coordenadora do PPGD. Coordenadora do Grupo de Pesquisa GFAM. E-mail: dorisghilardi@gmail.com

### **Evertton das Neves Gonçalves**

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da UFSC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7522914289995130>>. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0001-8644-4603>>. E-mail: evertong@vetorial.net

### **Gilson Wessler Michels**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor de Direito Tributário e de Direito Administrativo na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado tributarista.



## **Horácio Wanderlei Rodrigues**

Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia/UNISINOS e em Educação/UFRGS. Professor Visitante do PPGDJS/FURG. Sócio fundador do CONPEDI e da ABEDi. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

## **Janáina Rigo Santin**

Pós-doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa CAPES (2011). Doutora em Direito pela UFPR (2004). Mestre em Direito pela UFSC (2000). Advogada e Professora Titular da Faculdade de Direito, Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em História da UPF. Professora da Faculdade de Direito e Docente Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da UCS. E-mail: janainars@upf.br

## **Jéssica Gonçalves**

Doutora e Mestra em Direito pela UFSC. Professora voluntária da disciplina de negociação e mediação na UFSC (ano 2022). Professora no curso de Graduação na UNIVALI. Professora convidada na ESMESC. Advogada. Editora-chefe na Emais editora jurídica.

## **Joana Stelzer**

Doutora e Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Pós-doutora em Direito (Universidade de São Paulo – USP). Professora Associada III na UFSC. Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/CCJ/UFSC). Líder do Grupo de Estudos em Fair Trade/Comércio Justo (NEFT). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5604521988646530>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9503-4080>>. E-mail: joana.stelzer@ufsc.br

## **João dos Passos Martins Neto**

Doutor em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Professor de Direito Constitucional nos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: passos@pge.sc.gov.br

## **José Renato Gaziero Cella**

Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da ATITUS Educação – PPGD/ATITUS, Passo Fundo-RS, Brasil.

### **José Rubens Morato Leite**

Professor Titular dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-doutor pela Universidad Alicante, Espanha 2013/4. Doutor em Direito Ambiental pela UFSC, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco e Coordenador no Brasil do Projeto JustSide. Pesquisador Destaque da Universidade Federal de Santa Catarina. 2011. Prêmio JustSide 2019 pela Universidade de Coimbra. Endereço eletrônico: moratoleite@yahoo.com.br

### **Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho**

Pós-doutora pelo Programa de Engenharia Ambiental da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco e do Projeto JustSide. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra. Recebeu o Prêmio JustSide 2019 pela Universidade de Coimbra. Advogada. Endereço eletrônico: marialeonorf@hotmail.com

### **Mariana Demetruk Marchioro**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Psicologia Jurídica pela Unibrasil. Especialista em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito de Família pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST. Membro da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB-PR, da Comissão de Advocacia Colaborativa e do Grupo de estudos e pesquisa Direito de Família em Perspectiva - GFAM - CNPQ/UFSC. Advogada com atuação especializada em Direito Civil, com ênfase em Direito de Família. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1467284663086719>>. ORCID: 0000-0003-4983-6135.

### **Orides Mezzaroba**

Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador de Produtividade do CNPq.

### **Pedro Manoel Abreu**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Pós-doutor pela Universidade de Lisboa; Graduado em Filosofia e

Direito também pela UFSC. Ex-Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Professor convidado do Curso de Mestrado Profissional em Direito da UFSC; Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC; E-mail: pedromanoel.abreu@gmail.com; Lattes: CV: <<http://lattes.cnpq.br/520896419390738>>.

### **Pedro Miranda de Oliveira**

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professor de Processo Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da UFSC. Coordenador da Pós-Graduação em Advocacia Cível da ESA Nacional. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil do CESUSC. Presidente da Comissão Especial de Estudos do CPC da OAB Nacional. Presidente do Instituto Catarinense de Direito Processual (ICDP). Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro efetivo do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Professor do PPGD/UFSC desde 2013. Advogado e consultor jurídico.

### **Rafael Peteffi da Silva**

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Editor da Revista de Direito Civil Contemporâneo. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Email: rpeteffi@gmail.com

### **Ricardo Soares Stersi dos Santos**

Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Realizando residência de Pós-Doutorado na UFMG. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

### **Ruy Samuel Espíndola**

Advogado publicista e sócio-gerente integrante da Espíndola e Valgas Advogados Associados. Professor de Direito Constitucional desde 1994, sendo docente de pós-graduação lato sensu na ESMESC e da ESA-OAB/SC. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Atual Membro Consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB/Federal. Membro efetivo da ACADE, do IDASC e do IASC. Acadêmico vitalício da ACALEJ. Autor de diversos livros e artigos em Direito Constitucional publicados em revistas especializadas, nacio-



nais e estrangeiras. Conferencista nacional e internacional sobre temas jurídico-públicos. Email: ruysamuel@hotmail.com

### **Sabrina Nunes Iocken**

Conselheira Substituta do TCE/SC, Pós-doutorado na USP, Doutorado e Mestrado na UFSC. E-mail: sabrinaiocken@gmail.com

### **Samuel Martins dos Santos**

Doutor em Direito pela UFSC (2021), Mestre em Teoria do Direito pela UFSC (2006), Professor Colaborador de Direito da Escola Superior de Administração Pública da UDESC, Professor de Direito da Faculdade CESUSC, membro do Grupo Constitucionalismo e conflito político da UFSC, membro do Grupo Política e Direito da UNICAMP, autor do livro “Paradoxo da Primeira República no Brasil” (2008, Juruá), sócio fundador do MARTINS & KLEIN Advocacia – OAB/SC. 6.883. E-mail: samuel@martinseklein.adv.br

### **Thanderson Pereira de Sousa**

Doutorando em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), Bolsista Capes/Proex. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/ CCJ/UFSC), do Grupo de Pesquisa em Serviços Públicos e Condições de Efetividade (PPGD/UFC) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). Professor e advogado. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-0725-3572>> – E-mail: thandersonsousa@hotmail.com

### **Vera Regina Pereira de Andrade**

Professora Titular de Criminologia da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre e Doutora em Direito pelo PPGD-UFSC. Pós-doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná.





## APRESENTAÇÃO

*José Sérgio da Silva Cristóvam*  
*Norma Sueli Padilha*

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) comemora seu cinquentenário neste ano de 2023, o que não só é motivo de comemoração pela data histórica, mas também uma conquista memorável para a Pós-Graduação *stricto sensu* na área do Direito no contexto nacional e internacional.

A trajetória do PPGD/UFSC é digna de registro e com certeza merece comemoração, pois o Programa está dentre os primeiros cursos de mestrado em Direito no Brasil a ser autorizado pela CAPES, e o primeiro na Região Sul. Sua criação ocorreu pela Portaria no 116, de 19 de junho de 1973, tendo merecido aprovação junto ao Conselho Regional de Pós-Graduação, em 25 de julho de 1972, e da Comissão de Ensino e Pesquisa da UFSC, em 14 de junho de 1973, e, finalmente, seu credenciamento pelo Conselho Federal de Educação, em ato publicado no Diário oficial, em 13 de dezembro de 1978.

Inserido em uma proposta de espírito de inovação dos programas *stricto sensu* no Brasil, em seu processo evolutivo, o Programa de Mestrado estabeleceu linhas de Pesquisa estruturadas nas seguintes áreas de concentração: Teoria, Filosofia e História do Direito; Direito, Estado e Sociedade; Direito e Relações Internacionais. Atualmente, por atualização do currículo, são as seguintes áreas de concentração: “Teoria e História do Direito”; “Direito, Estado e Sociedade”; e “Direito Internacional e Sustentabilidade”. Com referência ao Doutorado, seu projeto foi aprovado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFSC, por meio da Portaria 216-GR-1984, em 4 de maio de 1984, obtendo credenciamento pelo Parecer no 729 de 1988, e para



atender os variados âmbitos de transformações verificadas na sociedade moderna, foi criada a área de concentração Direito, Política e Sociedade.

O PPGD/UFSC já se originou em uma perspectiva de inovação no contexto nacional, atento à crescente importância da Filosofia e do Direito Crítico e às transformações internacionais. Com um viés epistemológico eminentemente crítico e marcadamente interdisciplinar, sempre se destacou pelo estímulo à formação de profissionais/acadêmicos dotados de elevados padrões científicos, sem, contudo, desconsiderar a relevância dos valores éticos e de responsabilidade social. Na sua trajetória histórica, o Programa consolidou-se como um dos mais conceituados do país, obtendo, nos triênios de 2001–2003, 2004–2006, 2007–2010, 2011–2013, 2014–2016 e 2017–2020 a nota 6 na avaliação CAPES, resultado do sucesso de sua proposta curricular; do empenho de manutenção do grau de excelência, da contínua reformulação e devida implementação de adaptações de suas áreas de concentração e linhas de pesquisa, no transcurso de sua evolução e crescimento, sem perder a sua identidade e as especificidades que denotam sua qualidade ímpar.

Com efeito, o PPGD/UFSC destaca-se hoje no cenário nacional e internacional, pela sua gloriosa história e pelo elevado conceito que desfruta dentre os maiores centros de pesquisa e ensino no Direito. Sua abrangência não se limita às instalações da Universidade Federal de Santa Catarina, uma vez que oferece cursos na sede e em outros estados da federação (PCI em nível de Mestrado e Doutorado), bem como recebe discentes, não só de todo o território nacional mas de diversos países e, integrado ao processo de democratização da pesquisa jurídica, realiza constantemente intercâmbio acadêmico e cultural com renomadas Instituições da Europa, da Ásia, da Oceania e das Américas.

A pesquisa produzida no Programa possui impacto não só nacional, mas também internacional, por meio das inúmeras atividades que envolvem docentes e discentes com diversificados centros internacionais, universidades e outras organizações estrangeiras, que geram inúmeras atividades de interação de pesquisadores com ativo e intenso incentivo a internacionalização.

Preocupado com os problemas da atualidade e também numa perspectiva futura, o Programa visa preponderantemente empreender pesquisas e estudos avançados no campo do Direito, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, oferecendo ensino nos níveis de Mestrado e Doutorado acadêmicos, com vistas à formação de recursos humanos qualificados para o exercício de atividades acadêmicas (docência e pesquisa) e profissionais, na área do Direito e campos afins, nos setores público e privado, propiciando a obtenção do grau de mestre e doutor. A pesquisa acadêmica, teórica ou pragmática, mantém uma linha de reflexão crítica, tanto nas pesquisas vinculadas às áreas da Teoria, Filosofia e História do Direito, como nas

pesquisas das áreas de Direito Internacional e Sustentabilidade, bem como naquelas que conformam as linhas de pesquisa relacionadas à área do Direito, Estado e Sociedade, em geral a partir de uma posição reflexiva frente as transformações globais das organizações internacionais e dos Estados, suas normas e comportamentos de atores, agentes e sujeitos, buscando valorizar a visão interdisciplinar no diálogo de saberes.

O Programa mantém como principais valores a internacionalização, a sustentabilidade, a inovação, a diversidade, a ética, a interdisciplinaridade, a justiça social, a cooperação, o diálogo e a promoção dos Direitos Humanos. O processo evolutivo do Programa, em função das mencionadas transformações constantes observadas na Sociedade contemporânea, na economia e na política, com reflexos no Direito em seus diferentes âmbitos e campos, determinou as áreas de concentração e linhas de pesquisa dos cursos, hoje consolidadas: Curso de Mestrado: - Teoria e História do Direito (linhas de pesquisa “Historicismo, Conhecimento Crítico e Subjetividade” e “Controle Social e Sistemas de Justiça”); - Direito, Estado e Sociedade (linhas de pesquisa “Constitucionalismo, Democracia e Organização do Estado” e “Direito Privado, Processo e Sociedade de Informação”); e - Direito Internacional e Sustentabilidade (linhas de pesquisa “Direito Ecológico e Direitos Humanos” e “Direito Internacional Econômico e Comércio Sustentável”). Curso de Doutorado: - Direito, Política e Sociedade.

A imensurável qualidade acadêmica e profissional dos egressos do PPGD/UFSC é fruto concreto do grau de excelência do Programa e de sua enorme contribuição a Pós-Graduação em todas as regiões do País, por onde atuam seus egressos, seja em Instituições de Ensino Superior, em Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*, em carreiras jurídicas no serviço público, em cargos da Administração Pública, na advocacia pública e privada, em carreiras profissionais em diversas áreas da sociedade, no terceiro setor e na atividade empresarial.

O PPGD/UFSC traduz-se pela excelência na qualidade de sua atuação em toda sua trajetória histórica e completa seu cinquentenário legando enorme orgulho a toda a comunidade acadêmica da Universidade Federal de Santa Catarina, do Estado de Santa Catarina, bem como do Brasil e também mundo afora.

A publicação destes três volumes na forma de obras comemorativas do cinquentenário é um singelo registro de lembrança de sua gloriosa trajetória histórica, pois desde sua implantação este Programa tem impactado de forma tremendamente positiva a vida de todas as pessoas que nele atuaram ou atuam, seja como discentes, docentes, gestores, servidores, enfim, toda a comunidade acadêmica da UFSC e a sociedade em geral, direta ou indiretamente beneficiadas pela alta qualidade da pesquisa, do ensino e da formação científica na área do Direito.

Como representantes da atual geração de docentes do PPGD/UFSC, tendo tido a honra de assumir a Coordenação do Programa no período mais recente (2019–2022), coube a nós, Profa. Dra. Norma Sueli Padilha e Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, a iniciativa da coordenação deste belo projeto comemorativo, em conjunto com outros coordenadores históricos do PPGD/UFSC, Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar (Volume 1), o Prof. Dr. Orides Mezzaroba (Volume 2) e o Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (Volume 3), com a expressiva adesão e participação de dezenas de destacados professores e egressos do Programa, de ontem e de hoje, firmes no intuito de registrar, por meio das suas colaborações, uma pequena amostra da riqueza e da diversidade da pesquisa jurídica produzida no Programa, por meio da publicação de artigos científicos distribuídos a partir das suas diferentes áreas de concentração.

No caso do presente volume, os artigos científicos traduzem, preponderantemente, a produção acadêmica da área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”, que serve de título ao Volume 1, distribuídos em duas dezenas de capítulos, bem como trazem reflexões sobre a Pós-Graduação *stricto sensu* no Brasil, diretrizes curriculares para os cursos de Direito e, inclusive, um capítulo biográfico em forma de homenagem a um dos nossos maiores mestres, o Prof. Dr. Luis Alberto Warat, que influenciou toda uma geração de juristas brasileiros e, por meio dos seus escritos, ainda segue influenciando a todos nós.

São cinco décadas de uma gloriosa história e que impactou e impacta a vida pessoal e profissional de tantas pessoas, o que inclusive nos impede de citar nomes de alguns dos memoráveis juristas que contribuíram para construir a identidade ímpar do Programa, lá desde a sua idealização, o nascimento do CPGD e as suas primeiras décadas, até a maturidade e o seu período atual, sobretudo para não se cometer a enorme injustiça de omitir tantos e tantos outros valorosos nomes. Em verdade, o PPGD/UFSC sempre foi uma construção coletiva e cada membro desta comunidade acadêmica, de todos os tempos, há de se recordar do professor, do colega discente mestrando e doutorando, do servidor e dos milhares de egressos, que em suas passagens pela Universidade tantas lembranças positivas registraram na memória e tantos aprendizados produziram na sua formação, mas principalmente que onde estão e por onde passam levam essa semente crítica, multidisciplinar e vanguardista do Programa.

A todas e todos, e a cada uma e cada um em especial, só temos a dizer – muito muito obrigado! E que venham os próximos 50 anos do PPGD/UFSC.



# SUMÁRIO

---

## APRESENTAÇÃO

*José Sérgio da Silva Cristóvam*  
*Norma Sueli Padilha*

## CAPÍTULO 1

**Lapidarium de uma biografia: homenagem a Luís Alberto Warat** ..... 1  
*Vera Regina Pereira de Andrade*

## CAPÍTULO 2

**A pós-graduação *stricto sensu* brasileira: (re) pensando os fundamentos teóricos aplicados nas avaliações** ..... 10  
*Orides Mezzaroba*

## CAPÍTULO 3

**Diretrizes curriculares nacionais para os cursos de Direito no Brasil: o ensino teórico e prático dos meios consensuais no direito da UFSC** ..... 23  
*Ricardo Soares Stersi dos Santos*  
*Horácio Wanderlei Rodrigues*  
*Adriana Silva Maillart*

#### CAPÍTULO 4

### **A politização do judiciário e a juridicização do político: o papel dos juízes na criação do direito, em tempos de democracia deliberativa..... 46**

*Pedro Manoel Abreu*

#### CAPÍTULO 5

### **Justiça no Direito: princípio da eficiência econômico-social para a tomada de decisão normativo-judicial..... 67**

*Everton das Neves Gonçalves*

*Joana Stelzer*

#### CAPÍTULO 6

### **O controle de constitucionalidade como objeto fronteiro de pesquisa entre o direito e a ciência política: uma aproximação do law & politics..... 93**

*Samuel Martins dos Santos*

#### CAPÍTULO 7

### **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento..... 110**

*Denise Pinheiro*

*João dos Passos Martins Neto*

#### CAPÍTULO 8

### **Poder local e políticas públicas: a emancipação de uma nova cidadania nos municípios brasileiros na luta pela efetivação dos direitos fundamentais..... 127**

*Janaína Rigo Santin*

#### CAPÍTULO 9

### **Governança regulatória na infraestrutura brasileira: uma análise a partir da noção de política pública..... 155**

*José Sérgio da Silva Cristóvam*

*Thanderson Pereira de Sousa*

#### CAPÍTULO 10

### **A responsabilidade governamental: a necessidade de (re)pensar o dever jurídico-democrático no âmbito da jurisdição das contas governamentais**.....179

*Sabrina Nunes Iocken*

#### CAPÍTULO 11

### **Bancos de dados da administração pública federal brasileira e a vulnerabilidade dos dados pessoais em razão do seu compartilhamento**.....197

*José Renato Gaziero Cella*

#### CAPÍTULO 12

### **Modelo multiportas no direito tributário**.....215

*Carlos Henrique Machado*

#### CAPÍTULO 13

### **As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente no processo administrativo tributário: uma abordagem à luz do contraditório substancial**.....235

*Gilson Wessler Michels*

#### CAPÍTULO 14

### **Gestão de resíduos orgânicos e a lei da compostagem em Florianópolis: perspectivas para uma cidade sustentável**.....262

*José Rubens Morato Leite*

*Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho*

*Bruno Teixeira Peixoto*

#### CAPÍTULO 15

### **A interface do direito e da psicologia nas relações de parentalidade: reflexões acerca da necessidade do exercício dialógico das funções parentais**.....278

*Dóris Ghilardi*

*Mariana Demetruk Marchioro*

CAPÍTULO 16

**Obstáculos históricos e simbólicos à transformação da cultura de tratamento dos conflitos da sentença em solução consensual no sistema jurídico brasileiro ..... 293**

*Cristina Mendes Bertoncini Correa*

*Jéssica Gonçalves*

CAPÍTULO 17

**A responsabilidade objetiva na products liability estadunidense ..... 309**

*Daniel Deggau Bastos*

*Rafael Peteffi da Silva*

CAPÍTULO 18

**Aspectos destacados do procedimento da remessa necessária ..... 331**

*Pedro Miranda de Oliveira*

CAPÍTULO 19

**Memórias de um mestrando dos anos 90, no cinquentenário do CPGD-UFSC ..... 344**

*Ruy Samuel Espíndola*





# Lapidarium de uma biografia: homenagem a Luis Alberto Warat

*Vera Regina Pereira de Andrade*

No fundo toda tentativa de construir a recompilação de obras completas é sempre parcial, fragmentada, não deixa de ser um Lapidarium, o lugar, o pátio de minha alma. Um pátio difícil de aceder, proibido para o grande público. Um pátio que só se pode ter acesso, fragmentário, por aproximações de sentido. No *Lapidarium* só existem fragmentos. A realidade é um imenso lapidarium, constituído somente de fragmentos (*Luis Alberto Warat*)

Luis Alberto Warat é símbolo de uma genialidade intelectual e filosófica sobre a qual os signos convencionais, amplamente rastreados em sua obra, dizem muito pouco. Por isso, qualquer homenagem a ele não comportará mais do que o fragmento; instante biográfico de uma trajetória que não se deixa aprisionar em sistemas, contra toda a tradição totalizadora da modernidade. Estou falando de uma angustiante impossibilidade de captura de suas múltiplas inscrições no mundo e contribuição a ele, notadamente ao Direito e seu ensino e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC), cujo

cinquentenário ora celebramos. Warat foi filósofo da incompletude, do inesperado e da esperança.

Como o conheci?

Dezembro de 1978, manhã de primavera em Santa Maria, Rio Grande do Sul. Em frente à Universidade Federal de Santa Maria, no centro da cidade, onde cursava, aos 16 anos, o primeiro ano de Faculdade de Direito, tocava uma canção em meio a um ato público. A canção era *“Pra não dizer que não falei de flores”*, de Geraldo Vandré, e o ato público celebra a anistia, seu regresso do exílio e a liberação de suas canções censuradas. Doravante, todos pudemos seguir: *“caminhando e cantando uma nova canção”*. Neste ato avistei, pela primeira vez, Luis Alberto Warat, já em ritmo de mudança para Florianópolis.

Fevereiro de 1983: estava na sala de aula do então Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD-UFSC), aguardando com meus colegas a entrada do Mestre que transformaria a minha história. A disciplina era Epistemologia Jurídica, que ele ministraria conjuntamente com seu maior interlocutor e amigo, o Professor Leonel Severo Rocha.

Assim conheci e vivi uma duradoura trajetória acadêmica e de amizade com Warat, que constituiu minha visão de mundo e do Direito de forma substancial; trajetória só finda na terra com seu desaparecimento físico, em dezembro de 2010. Warat, que chegara ao Brasil emigrado de sua terra natal pela força das mesmas armas que depuseram de nosso solo Geraldo Vandré e suas canções, e a juventude e maturidade promissoras de uma geração inteira, aqui e acolá, no Brasil, na Argentina e em nosso subcontinente latino inteiro.

Pela mão desse doloroso paradoxo terreno ganhamos Warat, que assim veio para viver entre nós. E viver tão brasileiro quanto nós, aqui nascidos (e que fale por uma cultura sua paixão por Macunaíma), não apenas porque brasileiro se tornou, por direito e naturalização, mas por amor e devoção à terra que, afinal, elegeu para viver. Warat amou este sul do mundo chamado Brasil e este sul do mundo o amou profundamente. Entretanto, ele se manteve também tão radicalmente vinculado à sua Argentina, à sua família, às suas filhas (Gisela, Florência e Valéria) e netos (Lautaro e Kiara, Briana e Luana, que não chegou a conhecer), às suas raízes afetivas e culturais, que passadas mais de três décadas sua alma ainda falava espanhol, o idioma que nunca arrancou de si. E aquela imorredoura fala, o portunhol, era, em meio à sua já consagrada brasilidade, uma das mais adoráveis marcas do Mestre. Por último, Warat, de origem judaica, nascido portenho, tornado brasileiro, galgou culturalmente o mundo — e dele talvez não se possa disputar a maternidade, porque foi mesmo um

cidadão cosmopolita. Atravessou assim Luis sua existência terrena entre raízes e asas, em qualquer caso, sempre intensa, inquieta e ternamente.

E esta deve ser aqui nossa primeira celebração. De fato, ao tempo em que sou investida do direito de falar sobre Warat e da gigantesca responsabilidade implicada nesta fala, inicio reverenciando a sua entrega a este sul do mundo e, notadamente, à Universidade Federal de Santa Catarina, travando aqui, a mais apaixonante luta pela transformação democrática do pensamento, do Ensino e das instituições jurídicas e políticas que a história republicana brasileira jamais havia visto, com um impacto nacional cuja extensão ainda está por ser devidamente avaliada, para justamente estimar a sua hereditariedade.

Imortalizou assim entre nós um projeto acadêmico epocal; um projeto democrático e corajoso (iniciado sob a ditadura militar), inovador (sob a ditadura do *establishment* dogmático), alavancado por um humanismo crítico e transdisciplinar que conferiu derradeira identidade e rosto ao nosso curso-programa, marcando definitivamente a sua história e a de gerações de professores e alunos, que, nele se reconhecendo inteiramente, como eu, puderam vivenciar aquele sentido forte de pertencimento a um projeto comum-coletivo e, portanto, a uma história comum, capaz de mobilizar pessoas e instituições.

De fato, o projeto Warat frutificou porque acolhido e respeitado institucionalmente foi, desde sua chegada à Ilha da Magia, por uma geração de professores, majoritariamente catarinenses, que devem ser aqui lembrados e reverenciados por estruturarem os alicerces do edifício e de regá-lo, com contínuo e intenso labor. E o faço, por todos e todas, *in memoriam*, na pessoa de um dos grandes idealizadores do programa e responsáveis pela vinda de Warat para a instituição, o inesquecível Coordenador e Professor Paulo Henrique Blasi. Convivi com Warat por um duradouro período no PPGD-UFSC. Como aluna, cursei sucessivamente todas as disciplinas oferecidas por ele no ano de 1983, juntamente com Severo Rocha: *Epistemologia Jurídica*, *Semiologia do Poder e Carnavalização Epistemológica do Direito*. Simultaneamente, participei de praticamente todas as atividades por eles protagonizadas, desde grupo de estudos, congressos, encontros, cursos com professores visitantes até a tutoria do PET, na qual envolviam os discentes. A partir do ano de 1989, concursada para a disciplina de Direito Penal da UFSC, passei à convivência como colega e tive a ventura de um outro e contínuo aprendizado, integrando o corpo docente do CPGD-UFSC e seu colegiado. Quando os olhos azuis de Warat fitavam firmemente seu colegiado e as mãos inquietas dedilhavam “aquele famoso papelzinho que picotado ficava sobre a mesa”, seu colegiado silenciava: Warat ia falar.

Mas, qual era o projeto waratiano?

Pela clara consciência que tinha do Ensino como fonte material do Direito, o ensino do Direito ocupou um lugar nobre em toda a reflexão teorização e pedagogia waratianas, e das gerações formadas sob sua influência, como a minha, sendo o próprio espaço e o maior cenário da sua atuação, sobretudo em nível de pós-graduação e nas carreiras jurídicas, de norte a sul do Brasil e no exterior.

E esta centralidade se externa da primeira à última página de seus escritos, literalmente, desde a primeira obra traduzida para o português e publicada no Brasil em coautoria com sua segunda esposa, Rosa Maria Cardoso da Cunha (à época também Professora do CPGD-UFSC), “Ensino e Saber Jurídico” até os últimos escritos. Tendo como foco a permanente preocupação com a libertação do Ensino dos cânones epistemológicos e metodológicos da modernidade, da racionalização técnico-científica e a impiedosa alienação do jurista como instrumento dócil de reprodução da ordem, sua obra transita da crítica à Dogmática como paradigma de produção e reprodução do método e do conteúdo do Ensino nas Escolas de Direito (WARAT; CUNHA, 1983, p. 59, 65) às possibilidades de um Ensino do Direito emancipatório, chegando à conclusão da “*impossibilidade de ensinar direito*”, tratando de “*notas polêmicas para a desescolarização do Direito*” (WARAT, 2004b, p. 425 a 431) em artigo veio a ser inserido em uma das obras em sua homenagem justamente denominada “*Epistemologia e Ensino do direito: o sonho acabou*” (WARAT, 2004b).

Entretanto, por detrás da crítica waratiana ao Direito (à Dogmática e ao seu ensino), que o notabilizou e ganhou corpo através dos lendários movimentos Contradogmáticas e Associação Latino-Americana do Ensino do Direito (ALMED) e da respectiva publicação — a Revista Contradogmáticas<sup>1</sup>, de que participaram suas filhas Gisele e Florência —, radica uma crítica estrutural que ia dirigida, em última instância, a um paradigma inteiro de sociedade, à modernidade e sua racionalidade técnico-científica destrutiva com sua robusta prepotência e simulacro de progresso e felicidade. Em outras palavras, através da crítica jurídica e institucional Warat fazia a crítica da razão instrumental da modernidade, notadamente do sujeito produzido, cuja transformação sonhava, como base de qualquer outra. E

---

<sup>1</sup> A Revista da ALMED foi publicada a partir do ano de 1982, Pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, instituição localizada em Santa Cruz do Sul/RS. A partir de 1985, passaram a trabalhar na Instituição diversos mestres egressos do PPGD-UFSC, entre os quais José Alcebíades de Oliveira Júnior, Lênio Luiz Streck, Sérgio Cadematori, Horácio Wanderley Rodrigues e Vera Regina Pereira de Andrade. No ano de 1988, na condição de Chefe de Departamento da Faculdade de Direito, organizei lá, ao longo do ano de 1988, a “VIII Jornada Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito, ocorrida de 3 a 6 de novembro.



fazia tombar os mitos que a sustentam, um a um, da verdade à segurança, da visão linear e evolutiva da história ao senso comum. Iconoclasta!

Warat era avesso, em definitivo, às formas autoritárias e totalitárias de ser, dos sujeitos e das instituições, fosse a Escola, a ciência, o Estado, o mercado, e as aspirações de completude. Era combativo contra a verdade científica, a soberba, as imposturas, a arrogância, a estupidez, a mesmice, a rotineira e mecanicista repetição do dito e do feito.

Na sua voz, *“Existe muita estupidez imobilizadora em nossa cultura de frases feitas, conceitos rotinizados e verdades fatigadas. Uma estupidez que todas as gerações herdaram”* (WARAT, 2004 c. p. 21).

Dotado de uma genialidade que *“como um raio o atingiu sem piedade”*, e de sensibilidade refinada penso que Warat foi, acima de tudo, um filósofo da subjetividade (da alteridade, da autonomia), do amor e dos sinais do novo e, nesse sentido um pedagogo da esperança. Warat foi um peregrino de uma *“futurológica sociopolítica”* que nos fez interrogar, absurdamente, sobre o futuro que nos compete viver, sem medo, muito menos da morte, que via, metaforicamente, como um princípio de refundação, de renascimento.

Então nos diz o filósofo-poeta:

Procurar uma nova existência é um trabalho de destruição, uma morte. Se estamos preparados para essa morte, algo novo acontecerá, virá um nascimento criativo. Se nós estamos prontos para morrer, podemos ter uma nova existência. Para isso, não há perguntas, não há respostas, só o caminho de esvaziar-se de todas as perguntas e respostas acumuladas de modo a constituir o buraco negro narcísico (WARAT, 2004c, p. 21).

E o grande projeto waratiano de reconstrução da subjetividade, como o reconhecem os apresentadores da coleção Warat<sup>2</sup>, obra em quatro volumes publicada pela Fundação José Arthur Boiteux, externou-se em uma riquíssima diversidade de conhecimentos e interlocuções, espaços, temas, parcerias, interações e ações, de norte a sul do Brasil, e do Brasil para a Argentina e o mundo.

Sua obra, aberta e caracterizada por uma originalidade, estética e força singulares, se movimentou por um complexo e exuberante universo de disciplinas, temas e categorias que vão desde o Direito Penal (a primeira e talvez a menos conhecida incursão de Warat), passando pelo coração da Filosofia, Epistemologia, Teoria Jurídica e Política, Literatura, Cinema e

---

<sup>2</sup> Cláudia Servilha Monteiro, Orides Mezzaroba, Aires José Rover e Arno Dal Ri Júnior.

arte, Estética, Linguagem, Linguística, Argumentação Jurídica, Semiótica e Semiologia do Poder, Psicanálise, Surrealismo Jurídico, Ecologia, democracia, cidadania e direitos humanos, Gênero, Mediação. E em definitivo, passando pelo coração, Warat falou densamente de Amor, no deserto afetivo da Ciência Jurídica. Cruzou e transversalizou disciplinas, temáticas e categorias em exercícios singulares de criatividade. Assim foi com a Carnavalização da Epistemologia Jurídica, a Cinesofia, a Ciência Jurídica e seus dois maridos, a Filoestética, a Ecocidadania ou o Amor tomado pelo Amor, entre tantos outros. Construiu metáforas com categorias e personagens nobres que se tornaram verdadeiros clássicos. Como esquecer o senso e comum teórico dos juristas, o amor tomado pelo amor, o Vadinho e Cronópio jurídicos, a reserva selvagem, o buraco negro narcísico, o canto das sereias, os dragões e purpurinas, o *lapidarium*. Criou personagens e histórias, como a teoria pura do direito em quadrinhos e colocou à disposição de seus alunos um infundável acervo de produção teórica, debates e oportunidades de encontros para uma formação igualmente crítica e criativa.

Nesse horizonte transdisciplinar em permanente devir e reinvenção, Warat dialogou com um espectro gigantesco de autores, lidos nas décadas de 1980 e 1990 no então CPGD-UFSC.

Do positivismo ao neopositivismo e o pós-positivismo, da modernidade à pós-modernidade, da Dogmática e da Escola analítica de Buenos Aires à Filosofia francesa da segunda metade do século XX e o pensamento brasileiro mais genuíno, eram nomes que, pela mente e as mãos de Warat habitavam os corredores e as salas de aula do CPGD-UFSC entre os anos 1980 e 1990, para lembrar alguns: Roberto José Vernengo, Carlos Cóssio, Círculo de Viena e Hans Kelsen, Karl Popper, H L A Hart, Alf Ross; Norberto Bobbio, Borges, Cortázar, Jorge Amado, Mário de Andrade, Saussure, Roland Barthes, Umberto Eco, Freud, Lacan, Popper, Bachelard, Louis Althusser, Michel Foucault, Nicos Poulantzas, Claude Leforf, Cornelius Castoriadis, Guatarri André Jean-Arnaud, Francois Lyotard, Derrida, Boaventura de Sousa Santos, Rosa Maria Cardoso da Cunha, José Maria Gomes, Carlos Alberto Plastino, José Vieira Ribas, José Eduardo Faria, Marilena Chauí, Joaquim Falcão, Aurélio Wander Bastos, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Ronai Pires da Rocha, Albano Marcos Pêpe, Ingo Voese, Robson Pereira Goncalves, entre tantos, ademais dos atores do próprio Programa. Enfim, com Warat, que nos ensinou o abalo como pedagogia e condenou o desamor como método, vivemos a Academia em seu sentido pleno.

E para homenageá-lo saíram do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC várias e importantes publicações:

De Dilsa Mondardo (2010), a dissertação de mestrado vertida na obra **“Anos Rebeldes – A Filosofia à Luz da proposta didático-pedagógica**

**de Luis Alberto Warat**” cujo título, feliz, tocava naquela alma epocal. Dilsa Mondardo, a mulher que melhor cuidou do CPGD ao longo dos anos rebeldes, juntamente com a mais do que saudosa Ivonete Almeida, mulheres a quem este programa deve muito e também quero homenagear neste ato. Foi também a que melhor cuidou de Luis Alberto Warat em Florianópolis, juntamente com seu marido Jorge Castilho na sua vida pós-aposentadoria.

De José Alcebiades de Oliveira Júnior, ex-aluno, professor e coordenador do CPGD/UFSC, amigo e companheiro de jornada de LAW veio a obra homenagem pelos seus 30 anos de docência, da qual muitos de nós participamos com grande entusiasmo, cujo título igualmente feliz dizia muito do Mestre: **“O poder das metáforas”** (1998)

De Orides Mezzaroba e Cláudia Sevilha, Aires José Rover e Arno Dal Ri Júnior, com apoio editorial da Fundação José Arthur Boiteux, do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC e de uma ampla equipe de trabalho, veio um megaprojeto, de iniciativa louvável, a **Coleção Warat** (2004) obras completas em 4 volumes que retratavam Warat:

- Volume I - **Territórios desconhecidos**. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade
- Volume II - **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou
- Volume III - **Surfando na pororoca**: O Ofício do mediador
- Volume IV- **A Digna voz da majestade**. Linguística e Argumentação jurídica.

Na sua fala acerca desta obra nos diz o homenageado:

No fundo toda tentativa de construir a recompilação de obras completas é sempre parcial, fragmentada, não deixa de ser um Lapidarium, o lugar, o pátio de minha alma. Um pátio difícil de aceder, proibido para o grande público. Um pátio que só se pode ter acesso, fragmentário, por aproximações de sentido. No Lapidarium só existem fragmentos. A realidade é um imenso *lapidarium*, constituído somente de fragmentos.

E para não dizer que não falei de flores e de sonhos, como não lembrar do projeto das faculdades itinerantes, sonho sonhado para se concretizar na cidade de Curitiba, no Paraná, e se traduziria em projeto inédito e de grande envergadura para o Brasil, simplesmente abortado pelo poder de um parecer burocrático de um “cronópio” terminal. Nesse ato de indeferimento burocrático, toda a teoria e vivência de Warat se reafirmariam, impiedosamente, sobre seu sonho: o poder conservador das formas sobre o conteúdo e as ideias, o poder da morte sobre a vida, o poder do *status*

*quo* social sobre a utopia da transformação das subjetividades. É que o poder, como nos ensinara Foucault, precisa de sujeitos dóceis e submissos, adestrados como burocratas da obediência à e para a ordem.

Finalizando, quero dizer que devemos todos, como sujeitos e instituição, um tributo incomensurável. Warat não morreu: vive o processo criativo chamado morte, no qual o cansaço das perguntas e das respostas cedeu lugar ao princípio do vazio: renascimento e reinvenção. Esta é a mais adequada homenagem que podemos lhe prestar, sendo capazes de manter viva sua Academia epocal e seu legado, reinventando-os sobre os gigantes desafios autoritários e fascistas, de desigualdade, opressão, destrutividade humana, animal e ambiental do tempo presente, contra os quais sua jornada sempre se edificou.

Particularmente, compete-nos seguir tensionando e superando a hegemonia acadêmica fortemente classista, masculina e branca que ainda domina a universidade brasileira e os riscos de regressão autoritária dos espaços de liberdade e libertação já conquistados. A luta pela Democracia, de que Warat foi artífice, é a luta não apenas pela garantia do Estado Democrático de Direito, pelas liberdades constitucionais e por eleições livres, embora garantir isso seja muito no Brasil, mas é a luta pela concretização plena do projeto constitucional brasileiro, implicando a superação de todas as formas de desigualdade, opressão e inferiorização, implicando a inclusão universal de todos os seres humanos na universidade e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, cuja seletividade estrutural ainda expressa e reproduz o sistema social em que está imerso.

Mestre, no meu *Lapidarium*, no pátio da minha alma, se Luis Alberto Warat é um “fragmento”, ele assumiu o espaço de um horizonte, que, simplesmente, dividiu minha história. Na aluna, na professora, na mulher, na mãe e avó, na amiga e cúmplice ficaram incontáveis pedaços biográficos seus. Obrigada por tudo e tanto.

## Referências

MONDARDO, Dilsa. **20 anos rebeldes**. O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat. Florianópolis, Diploma Legal, 2000.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades (Org.) **O poder das metáforas**. Homenagem aos 35 anos de docência de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Dragones, purpurinas y esperanzas;** Fragmentos escogidos com La colaboración de Leopoldo Fidyka. Buenos Aires: Thelema, 2018.

\_\_\_\_\_. **Territórios desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol.I Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis, Boiteux, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e Ensino do Direito:** o sonho acabou. Volume II. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis, Boiteux, 2004b.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca:** O Ofício do mediador. Volume III. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis, Boiteux, 2004c.

\_\_\_\_\_. **A Digna voz da majestade.** Lingüística e Argumentação jurídica. IV. Textos didáticos. Volume IV. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis, Boiteux, 2004d.

\_\_\_\_\_. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos:** fragmentos de uma expedição pelo Direito, pela ciência e outros lugares de arrogância. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integrads de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria da. **Ensino e Saber jurídico.** Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1977.





# A pós-graduação *stricto sensu* brasileira: (re) pensando os fundamentos teóricos aplicados nas avaliações

Orides Mezzaroba

## Introdução

O presente artigo irá tratar dos fundamentos qualitativos que envolvem a Pós-graduação *stricto sensu* e o papel da Capes enquanto órgão de controle. A opção pela abordagem qualitativa decorre da possibilidade de se analisar o objeto de pesquisa a partir de critérios mais amplos, porém claros, bem definidos e detalhados sobre o fenômeno que será estudado. Pela abordagem qualitativa será possível verificar se os fundamentos utilizados para a quantificação do resultado das avaliações representam ou não o conjunto de requisitos estabelecidos entre os atores envolvidos em todo processo avaliado.

O presente estudo se justifica na medida em que, a partir desses conceitos, professores e coordenadores dos Programas de Pós-graduação

poderão estabelecer estratégias em condições de fortalecerem a produção intelectual e, conseqüentemente, o fortalecimento de seus cursos.

Por isso, é importante destacar que toda avaliação deve refletir a realidade de determinado conjunto que será avaliado, sendo que o sistema de avaliação deve prezar pela clareza, transparência, objetividade e participação ativa de todos os atores envolvidos. Com esses pressupostos respeitados, os gestores dos Programas de Pós-graduação estarão seguros para estabelecerem procedimentos administrativos internos de objetivos, metas e de ações que possam garantir a previsibilidade de desenvolvimento de seus cursos em futuras avaliações. Vale destacar que o princípio fundamental da avaliação não deve ser o de se sustentar em torno do critério da punibilidade, fechada e carrega uma noção de castigo, usada para vigiar e punir, segundo o “Panóptico” de Foucault (1983). Para torná-la eficiente, é preciso que sua função - antes restrita ao controle - transforme-se em um processo mais amplo, que passe pela coleta, tratamento e disseminação de informações, as quais possam contribuir de forma dinâmica, aberta e construtiva para a tomada de decisões (UNESCO, 1998).

O espírito da avaliação deve se voltar para a verificação se as metas e ações previamente estabelecidas foram ou não executadas adequadamente. Daí a necessidade de se estabelecerem regras claras *a priori*, antes do início do ciclo de avaliação (hoje quadriênio), e garantir que elas sejam estáveis no decorrer do período objeto da avaliação.

A partir desses propósitos o artigo foi estruturado com base na definição que caracteriza os fundamentos da avaliação qualitativa e o seu impacto sobre a avaliação quantitativa e o papel institucional da CAPES nesse processo, bem como o seu comprometimento com a elaboração de políticas públicas de desenvolvimento, de controle e de fortalecimento do sistema de Pós-graduação brasileiro.

## **2.1 Fundamentos do critério qualitativo em processos de avaliação**

Avaliar significa verificar de forma periódica e sistemática as informações prestadas pelo avaliado no sentido de constatar se houve ou não algum tipo de evolução e, a partir dessas informações, identificar eventuais desajustes ou problemas para que as suas causas sejam sanadas. A qualidade de um processo de avaliação não está propriamente nos requisitos ou critérios formais. A qualidade deve estar em seus agentes que alimentam o sistema. Em regra, a falta de qualidade dos agentes avaliados pode comprometer a qualidade do sistema.

O processo de avaliação deve refletir quantitativamente a qualidade dos agentes ou de seus produtos a partir de critérios claros e objetivos. Conforme Maccari e Nishimura (2014, p. 606) o *“sistema de avaliação somente poderá contribuir efetivamente”* para o fortalecimento institucional se houver o entendimento argumentativo entre as partes envolvidas dos *“tipos de evidências a serem aceitas e clareza nos objetivos do sistema a ser desenvolvido”*. Caso contrário o sistema poderá refletir apenas uma perspectiva unilateral de quem está no espaço privilegiado da tomada de decisões.

O sistema de avaliação deve se sustentar em torno de dois pressupostos básicos: *“universalização do acesso e equidade”* e na medição da qualidade do produto com a utilização de *“indicadores de qualidade”*. O papel fundamental de um sistema de avaliação está no acompanhamento do sistema de pós-graduação como um todo e não, excessivamente na produção de pesquisa, muito embora deva fomentar o seu fortalecimento em termos qualitativos. Por sua vez, os *“indicadores não podem ser confundidos com as causas dos fenômenos a que eles se referem”*. No momento em que os indicadores são escolhidos se deve levar em consideração as *“variáveis mensuráveis que tenham mostrado associação com o que se pretende medir, sem nenhuma pretensão de eleger, ao mesmo tempo, as causas responsáveis pelos resultados encontrados”* (GOMES NETO; ROSENBERG, 1995, p. 13-14). Nesse sentido, a produção de pesquisa deve ser o produto de um conjunto de resultados (desempenho docente, formação discente e impacto social do programa) e não um fim em si mesmo.

Para Cimadon (2008, p. 190), *“se a ciência é a orientação fundamental da avaliação, então é lícito afirmar que não se pode fazer qualquer espécie de avaliação sem critérios que lhe deem suporte”*. O processo de avaliação requer a *“atribuição de símbolos a fenômenos com o objetivo de caracterizar o valor do fenômeno, em geral com referência a um padrão de natureza cultural, social ou científica”*. Portanto, a avaliação é um processo *“de delinear, obter e fornecer informações úteis para o julgamento nas tomadas de decisões ou redirecionamento de atitudes, comportamentos ou ações”*. A partir desse raciocínio pode-se concluir que a avaliação se apresenta com *“funções específicas, modalidades especiais e etapas construtivas”*. A avaliação se apresenta como uma verificação sobre dados e informações que possibilite a constatação se os propósitos estabelecidos previamente estão ou não sendo atingidos. Na medida em que a avaliação reúne dados consistentes *“para uma adequada conclusão ou descrição, ela alcança mais e melhor seus propósitos”*.

O pressuposto básico de qualquer sistema de avaliação é o de *“acompanhar os resultados alcançados, tanto no que se refere às metas como*



aos padrões. Por meio de indicadores que afirmam essas quantidades, o sistema de avaliação permitirá o planejamento com o observado e, a partir disso constatar ou não a eficiência e a eficácia da política [...] adotada". Daí pode-se definir o sistema de avaliação "como a comparação entre os resultados observados e os desejados". Com essa comparação é que se pode "levantar hipóteses para atribuir causas aos efeitos encontrados". Porém, para que os objetivos do sistema de avaliação sejam cumpridos de forma efetiva é necessário que todas as informações sejam atuais, fidedignas e transparentes. A rapidez e a precisão "com que o sistema fornece essas informações para os [gestores e] responsáveis pelas políticas [públicas] é primordial, sob pena de reportar uma situação que não existe mais". Enfim, o sistema de avaliação deve proporcionar o levantamento de dados e informações que possibilitem a orientação de políticas públicas com o propósito de aperfeiçoar e dar consistência na melhoria da qualidade das pesquisas no país. A principal meta da avaliação deve estar "relacionada com os pressupostos do sistema, ou seja, com a verificação se esses pressupostos estão ou não sendo respeitados" (GOMES NETO; ROSENBERG, 1995, p. 12-13).

Verhine e Freitas (2012, p. 16, 18) afirmam com convicção que não é possível "compreender as transformações da educação, no âmbito da globalização e da internacionalização do ensino superior, sem levar em conta as práticas da avaliação". Para que haja efetiva internacionalização em redes a avaliação passa a ser um instrumento imprescindível para países e governos. Só com a avaliação é possível construir parâmetros de comparações entre realidades distintas "numa perspectiva de que a compreensão dos processos educativos passe, necessariamente, pela sua inserção num contexto mais amplo". Os autores destacam ainda que pelo fato da avaliação ter como objeto "uma realidade dinâmica e complexa", é necessário que a mesma também seja considerada "polissêmica e plurireferencial, visto que atribuir valor absoluto de verdade e objetividade" aos dados quantitativos e, seus critérios de "seleção e classificação é querer esconder o fato de que toda realidade social" é contaminada por "valores, interesses e conflitos" próprios.

Para Gomes Neto e Rosenberg (1995, p. 14), "dependendo do desenho do sistema nacional de avaliação, as informações produzidas por ele permitirão comparar resultados", entre programas de pós-graduação, regiões do país, métodos e desenvolvimento de pesquisas, inserção de alunos egressos, impacto da produção científica dos pesquisadores, além de outros quesitos, "bem como sinalizar situações mais problemáticas que poderão ser alvo de uma política especial". A partir da identificação dos problemas "será possível agir prontamente e utilizar estratégias com endereço certo, que resultem na

*solução do problema observado*". O impacto sobre a economia de tempo e recursos será substancial já que a precisão das correções levará em conta dados previamente diagnosticados. Os relatórios com os resultados das avaliações devem ser claros, precisos e objetivos. Todos os *"resultados mais relevantes devem ser enfatizados, através de uma linguagem apropriada à clientela, em que ressaltem concisão e clareza"*. Enfim, os resultados da avaliação devem ser de conhecimento de todos os atores (coordenadores, professores e discentes) envolvidos no processo.

Vale destacar que mesmo que toda a avaliação tenha por objetivo tentar a *"melhoria institucional, individual e coletiva através de práticas de colegialidade"*, não se pode ter a convicção de que a *"verificação e o controle externo"* possam garantir a permanente melhoria e qualidade de qualquer programa de pós-graduação ou Instituição de ensino (VERHINE; FREITAS, 2012, p. 25).

As avaliações institucionais ocorrem praticamente sob duas formas: interna e externa. A avaliação interna ou também autoavaliação está voltada para a análise de procedimentos e comportamentos internos da instituição. Com o objetivo de corrigir eventuais problemas no seu interior, daí a necessidade de se construir instrumentos que possibilitem a ampla e democrática participação de todos os envolvidos. No âmbito de uma Instituição a avaliação interna acaba impactando mais em transformações qualitativas. Por sua vez, a avaliação externa opera com instrumentos de comparação que vão além da estrutura de um órgão ou instituição. A avaliação externa leva em consideração a regulação, o controle e a hierarquização de órgãos ou instituições avaliadas. Nessa avaliação a produção e dados quantitativos são utilizados como critério para se estabelecer uma classificação qualitativa entre os entes avaliados (VERHINE; FREITAS, 2012; MACCARI; NISHIMURA, 2014). Porém, qualquer das duas modalidades de avaliação não pode ser concebida como finita. Qualquer avaliação requer reflexão contínua sobre o seu resultado. Esse processo dinâmico denomina-se reavaliação ou meta-avaliação, seria a avaliação da própria avaliação. Havendo necessidade os instrumentos utilizados em uma avaliação podem ser corrigidos e aperfeiçoados. O importante é que a avaliação reflita sempre uma realidade mais próxima possível para que eventuais desajustes e inconsistências sejam corrigidos em um tempo futuro também breve.

Para Maccari e Nishimura (2014), na área educacional brasileira inicialmente se utilizou o modelo interno de avaliações o qual tinha por meta identificar possíveis problemas e desajustes em órgãos e instituições. A utilização de avaliações externas como instrumento direcionado para a elaboração de políticas públicas na esfera do ensino, pesquisa ou





extensão é algo mais recente. Por exemplo, o modelo de avaliação externa aplicado aos programas de pós-graduação *stricto sensu* brasileiros “tem sido reconhecido como um dos mais modernos e eficientes do mundo”.

A criação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, nos anos de 1950, exemplifica esse novo olhar para as avaliações, as quais passaram a ser aplicadas como instrumentos importantes para o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro. A sua institucionalização enquanto órgão responsável para estimular criação de programas de pós-graduação em áreas estratégicas se mostrava vital para os novos desafios que o desenvolvimento econômico do país necessitava frente aos mercados interno e externo. A CAPES surgiu, conforme o Decreto nº 29.741/1951, com o propósito de assegurar a formação de “pessoal especializado em quantidade e qualidade suficiente para atender às necessidades dos empreendimentos públicos e privados” que visassem “o desenvolvimento econômico e social do país”.

Porém, será a partir dos anos de 1990 que a CAPES passa a se configurar como a principal agência de fomento no sistema nacional de Pós-Graduação. No ano de 1992, a CAPES foi transformada em fundação pública e passou a ter a função de subsidiar o Ministério da Educação na formulação de políticas públicas para todo o setor da pós-graduação brasileira. Coube à CAPES também a competência de articular a criação de novos cursos de mestrado e doutorado em todo o país. Para cumprir com esse objetivo a CAPES passou a contar com recursos públicos para a concessão de bolsas de estudo, a publicação de editais visando a consolidação de núcleos de pesquisa, o estímulo de publicações qualificadas e outros instrumentos voltados para o fortalecimento da pesquisa e a capacitação de recursos humanos qualificados para o ensino superior.

Visando cumprir a sua missão de expansão e consolidação da pós-graduação brasileira a CAPES ao longo das três últimas décadas tem se empenhado em construir e desenvolver um sistema de avaliação sustentado por indicadores que consigam representar quantitativamente a realidade da pesquisa no país. Nesse período o sistema já passou por aperfeiçoamentos significativos sempre com o propósito de expressar de forma fidedigna a realidade de cada programa, de cada área e do sistema de pós-graduação no seu todo. Evidentemente que sempre buscando garantir as especificidades qualitativas de cada área de conhecimento avaliada.

O sucesso da CAPES enquanto órgão estimulador da pós-graduação brasileira fica evidente na medida em que se constata um crescimento expressivo em termos de qualidade e quantidade de programas de mestrados e doutorados em todas as áreas do conhecimento nos últimos anos. Maccari (2008) destaca que desde a implantação do sistema de avaliação,

no ano de 1976, a CAPES vem cumprindo com êxito a sua missão relevante para o desenvolvimento qualitativo dos programas de pós-graduação e o fortalecimento da pesquisa científica e tecnológica do país.

## 2.2 A institucionalização da capes enquanto órgão de fomento e de controle

A CAPES possui suas origens no Decreto nº 29.741, de 11 de julho de 1951. Esse Decreto foi o responsável pela instituição de uma Comissão responsável em promover uma Campanha Nacional de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Essa Comissão, sob a Presidência do Ministro da Educação e da Saúde, contou com representantes das seguintes instituições públicas e privadas: Departamento Administrativo do Serviço Público, Fundação Getúlio Vargas, Banco do Brasil, Comissão Nacional de Assistência Técnica, Comissão Mista Brasil-Estados Unidos, Conselho Nacional de Pesquisas, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio (art. 1º, do Decreto nº 29.741/1951).

De acordo com o Decreto nº 29.741/1951, Campanha possuía dois objetivos fundamentais. O primeiro objetivo seria o de *assegurar a existência de pessoal especializado em quantidade e qualidade suficiente para atender às necessidades dos empreendimentos públicos e privados* que visassem o desenvolvimento econômico e social do país (alínea “a”, art. 2º); e, o segundo objetivo era o de *oferecer aos indivíduos mais capazes, sem recursos próprios, acesso a todas as oportunidades de aperfeiçoamento* (alínea “b”, art. 2º).

Para que os objetivos fossem cumpridos a Comissão deveria realizar estudos das reais necessidades do “país em matéria de pessoal especializado”, principalmente *nos setores onde se verificasse escassez de pessoal em número e qualidade* (alínea “a”, art. 3º); como também o de *promover a instalação e expansão de centros de aperfeiçoamento e estudos de pós-graduados* (alínea “f”, art. 3º).

Conforme destaca Gouvêa (2012, p. 8) a composição da comissão dos representantes da CAPES refletia a “política desenvolvimentista” e o “consequente modelo de industrialização implantado no País”, o qual procurava reforçar e dar ênfase na *“relação entre economia e educação, evidenciando a necessidade da formação de quadros de nível superior para suprir as lacunas determinadas por um novo ritmo de crescimento econômico”*.

Coube, no entanto, ao Decreto nº 50.737, de 07 de junho de 1961, estabelecer a forma e a organização da Companhia Nacional de Aperfeiçoamento

de Pessoal de Nível Superior. O novo Decreto passou a não utilizar mais a expressão “Campanha”, conforme previa o Decreto nº 29.741/1951. Pelo novo Decreto de 1961 a Companhia passaria a ter um Conselho Consultivo (art. 3º), integrado por 11 (onze) membros, todos de livre nomeação do Presidente da República, inclusive o seu Coordenador. Além de outros membros passariam a ter direito a um representante junto ao Conselho Consultivo da Companhia as seguintes instituições públicas e privadas: a Presidência da República, o Ministério da Educação e Cultura, o Ministério do Trabalho e Previdência Social, o Ministério das Relações Exteriores, o Conselho Nacional de Pesquisas, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Comércio (art. 4º).

Pelo Decreto nº 50.737, de 07 de junho de 1961, a Companhia passaria a trabalhar com a meta mais clara e definida que seria a de estimular a *melhoria das condições de ensino e pesquisas dos centros universitários brasileiros, visando a uma melhor formação dos quadros profissionais de nível superior do país* (inciso 1, art. 2º). As demais metas estariam voltadas para o *aperfeiçoamento do pessoal de nível superior já existente, promovido em função das prioridades ditadas pelas necessidades do desenvolvimento econômico e social do País* (inciso 2, art. 2º); para a *realização de levantamentos, estudos e pesquisas sobre os problemas envolvidos em seu campo de ação* (inciso 3, art. 2º); e, por fim, para a *administração das bolsas de estudo oferecidas pelo Governo Brasileiro a latino-americanos e afro-asiáticos para cursos de graduação e pós-graduação no Brasil* (inciso 4, art. 2º).

Com o Decreto nº 53.932, de 26 de maio de 1964, foi redefinida a estrutura da CAPES e substituída a palavra “Companhia” pela expressão “Coordenação”. Outra mudança significativa trazida pelo Decreto foi a subordinação da Coordenação do Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) diretamente ao Ministério da Educação e Cultura. O Decreto manteve as diretrizes gerais de atuação previstas pela legislação anterior.

Será com o Parecer nº 977/1965, elaborado por Newton Sucupira, membro do Conselho Federal de Educação, em resposta à manifestação do Ministro da Educação, que a estruturação do sistema nacional de pós-graduação brasileiro finalmente vai ser parametrizada. O referido parecer aprovado pela Comissão de Educação Superior do então Conselho Federal de Educação definirá e regulamentará os parâmetros de funcionamento da atual pós-graduação *stricto e lato sensu* brasileira.

A partir do ano de 1976 foi que a CAPES começou a coletar informações dos cursos de pós-graduação como forma de estabelecer parâmetros para a concessão de bolsas de estudos. As coletas passaram a ser realizadas

anualmente a partir de dados sobre alunos matriculados, titulados e vagas ofertadas. De forma gradual o sistema de coleta passou a incorporar dados referentes aos docentes, discentes, disciplinas, produção científica e projetos de pesquisa. A partir do ano 1978 a CAPES implantou o sistema de avaliação por representações das áreas de conhecimento. As comissões passaram a ser compostas por renomados pesquisadores de cada área. O principal objetivo da avaliação ainda se voltava para a concessão de bolsas de estudos.

As mudanças significativas das avaliações voltadas para a qualidade dos cursos de pós-graduação vão ocorrer a partir dos anos de 1980 com a publicação do Decreto n.º 86.791, quando a CAPES passa a ser reconhecida como o órgão responsável pela elaboração do Plano Nacional de Pós-Graduação *stricto sensu*. O mesmo decreto também reconhece a CAPES como a Agência Executiva do Ministério da Educação e Cultura, junto ao sistema nacional de Ciência e Tecnologia, responsável pela elaboração, avaliação, acompanhamento e coordenação das atividades relativas ao ensino superior. Foi, portanto, a partir desse contexto que os resultados das avaliações passaram a ser publicizados e os parâmetros de qualidade entre os programas de pós-graduação das diferentes áreas de conhecimento passaram a ficar mais transparentes.

A partir do ano de 1998 o sistema de avaliação se tornou mais consistente e objetivo com o aperfeiçoamento da “padronização de notas, critérios de qualidade de produção científica e de formação de alunos, considerados fatores primordiais a melhoria do desempenho dos cursos, em substituição dos conceitos adotados até então”. Desse ano em diante a Diretoria de Avaliação da CAPES passou a contar nos processos de avaliações com a colaboração da comunidade acadêmica e científica por meio de consultores *ad hoc* (MACCARI, 2008).

Maccari (2008) destaca que com a introdução de novas tecnologias de informação, ocorrida no final da década de 1990, houve significativas conquistas para o sistema de avaliação. Principalmente na divisão entre as áreas de conhecimento e, fundamentalmente, na implantação de quesitos rígidos para atribuição de notas para cada curso de pós-graduação. Todos os quesitos (1) Proposta do Programa; (2) Corpo Docente; (3) Corpo Discente; (4) Produção Intelectual; (5) Impacto Social e seus itens de avaliação alcançam um grau máximo de objetividade e são aplicados indistintamente para todas as áreas de conhecimento, ou seja, o sistema é monolítico e padronizado. Podendo haver tão somente pesos de quesitos e dos itens diferenciados de acordo com a realidade e características de cada área de conhecimento. Destaca-se que essa diferenciação de pesos dos quesitos e itens é de responsabilidade das próprias áreas de conhecimento.

A Portaria nº 99, de 21 de dezembro de 2005, instituiu a coleta de dados, anual e eletrônica, de todos os diplomas de mestres e doutores outorgados por instituição estrangeira e reconhecidos por instituições brasileiras. Essa exigência desde que foi instituída contribuiu sensivelmente para o estabelecimento de parâmetros de qualidade entre os programas de pós-graduação brasileiros.

Conforme destaca Maccari (2008), “*desde a sua criação a CAPES tem sido o principal instrumento para que o sistema de pós-graduação brasileiro funcione de forma integrada, planejada e consistente em busca do desenvolvimento tecnológico e científico*”. Atualmente as atividades da CAPES estão definidas por linhas de ação e cada qual estruturada por programas específicos. Para o presente estudo, dentre as várias linhas de ação da CAPES, destaca-se o compromisso institucional com a avaliação da pós-graduação *stricto sensu*, bem como com o acesso e divulgação da produção científica dos programas de pós-graduação de forma transparente.

Para atender o compromisso com a qualidade das avaliações dos programas de pós-graduação a CAPES vem constantemente aperfeiçoando o seu sistema de coleta de dados, possibilitando o cruzamento e a quantificação dos dados fornecidos pelos programas de pós-graduação através da plataforma Sucupira. O principal objetivo do aperfeiçoamento do sistema de avaliação, conforme destaca Maccari (2008), é o de retratar “*de forma mais fiel [possível] a realidade do sistema de pós-graduação brasileiro*”.

Através do sítio da CAPES (<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/>) é possível acessar qualquer informação dos programas de pós-graduação credenciados. O sistema pode ser alimentado com as informações do ano base a qualquer momento pelos programas de pós-graduação. Havendo inconsistências de dados o próprio sistema alerta para que as correções sejam efetuadas. O acesso livre do sistema permite a garantia da transparência do sistema de avaliação e, principalmente, que os programas tenham entre si parâmetros comparativos de metas e qualidade.

A plataforma Sucupira disponibiliza o relatório anual de todos os programas que fazem parte das áreas de conhecimento. Ainda na página da CAPES, no link “avaliação”, todas as fichas das avaliações dos programas estão disponíveis para consulta. Pelo sistema disponibilizado pela CAPES é possível verificar sobre o tempo médio de titulação de mestres e doutores, sobre a quantidade de orientações de cada docente que compõe o corpo permanente dos programas, a quantidade de entrada e de titulação no ano base, as disciplinas ministradas na graduação e no programa por docente, a vinculação em projetos de pesquisas, além de outras informações quantitativas que podem apresentar diagnósticos favoráveis ou não à consolidação do programa. Todo processo de avaliação do sistema



nacional de pós-graduação, conforme foi estruturado a partir do ano de 1988, é acompanhado pela Diretoria de Avaliação da CAPES.

A comunidade acadêmico-científica participa diretamente por meio de consultores *ad hoc*. Com as avaliações periódicas, a CAPES certifica a qualidade da pós-graduação brasileira. Essa certificação é utilizada como principal referência para a distribuição de bolsas e de recursos para o fomento à pesquisa. A avaliação também é utilizada como instrumento importante para a identificação de possíveis assimetrias regionais e orientação de ações de indução na criação e expansão de áreas estratégicas para o sistema nacional de pós-graduação. O sistema de avaliação da pós-graduação brasileiro é dividido em dois momentos distintos. O primeiro momento é de entrada no sistema nacional de pós-graduação e o segundo é o de sua permanência. A entrada no sistema ocorre através da avaliação das propostas de cursos novos (APCNs) e a permanência ocorre através da avaliação periódica dos cursos de pós-graduação, por meio das informações prestadas pelos programas no Sistema Sucupira. Nos dois momentos os procedimentos adotados nas avaliações devem ter por base: a) confiabilidade e reconhecimento na qualidade nos pareceres emitidos pelos pares; b) atualização dos critérios pela comunidade acadêmico-científica advindos dos debates a cada período a ser avaliado; e, c) divulgação das decisões, das ações e dos resultados de forma pública e transparente no sítio da CAPES e nas páginas de cada área de conhecimento.

No processo de elaboração, submissão ou avaliação de cursos novos ou de permanência dos programas os documentos de cada área representam a principal referência para os novos projetos. Nos documentos de área devem estar descritos momento atual, as características e especificidades da área e as perspectivas de desenvolvimento. Nos documentos de área ainda devem constar os quesitos considerados prioritários para o processo de avaliação dessa área de conhecimento. Juntamente com as *“fichas de avaliação e os relatórios de avaliação, os documentos de área constituem o trinômio que expressa os processos de avaliação e os resultados”* (CAPES, 2016) das avaliações periódicas.

## **Considerações finais**

A relevante importância da CAPES no processo de formação de mestres e doutores, em todas as áreas de conhecimento induzidas pela eficiência do sistema nacional de avaliação, é indiscutível. A evolução de bolsas ativas no exterior é significativa. Naturalmente que o crescimento gradativo na concessão de bolsas no país e no exterior vem acompanhado pela eficiên-



cia indutiva do sistema de avaliação dos programas de pós-graduação. A partir da qualidade dos programas é possível identificar áreas estratégicas e áreas que necessitam de estímulos, daí o estímulo à capacitação de pesquisadores ser fundamental.

A partir dos argumentos apresentados, pode-se concluir que a CAPES ocupa lugar de destaque junto ao processo de desenvolvimento, crescimento e fortalecimento do sistema de Pós-graduação brasileiro. Por sua vez, a construção do sistema nacional de avaliação dos programas de Pós-graduação que leve em consideração a transparência e elementos quantitativos se apresenta como o maior desafio para todo sistema. A atribuição de qualidade sobre pesquisas e publicações deve ser de responsabilidade de cada área de conhecimento. A análise de qualidade deve ser traduzida e contextualizada em dados quantitativos, daí a necessidade de um sistema de avaliação que consiga traduzir a realidade de cada programa de Pós-graduação dentro da sua própria área de conhecimento. Tanto a análise dos dados de qualidade como a de quantidade devem possuir critérios claros e objetivos, caso contrário compromete-se toda a seriedade e consistência do processo de avaliação.

Considerando, portanto, a relevância da CAPES enquanto órgão de fomento, de regulação e de coordenação do sistema nacional de avaliação, faz-se necessário analisar qual o impacto e como os programas de pós-graduação incorporam em sua lógica e dinâmica os critérios a quem são submetidos pelas avaliações. A partir da identificação desses procedimentos internos cada Programa poderá desenhar estratégias que a médio e longo prazo possam contribuir para o desenvolvimento dos programas de pós-graduação.

Desta forma, a realização de análises com esse enfoque se justifica na medida em que a própria CAPES, por meio do Plano Nacional de Pós-graduação, destaca que os resultados das avaliações devem servir de base para a formulação de políticas públicas estratégicas para o desenvolvimento e fortalecimento do sistema de pós-graduação brasileiro com ações de fomento em bolsas de estudos, custeio, auxílios, cooperações, acordos e de criação de novos cursos de mestrados e doutorados.

## Referências

CAPES. Avaliação. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/avaliacao>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CIMADON, Aristides. **Ensino e aprendizagem na Universidade** – um roteiro de estudo. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983. 277p.

GOMES NETO, J. B.; ROSENBERG, L. Indicadores de qualidade do ensino e seu papel no sistema nacional de avaliação. **Em aberto**, Brasília, n. 66, p. 13-28, abr./jun. 1995.

MACCARI, E. A. **Contribuição à gestão dos Programas de Pós-graduação stricto sensu em administração no Brasil com base nos sistemas de avaliação norte americano e brasileiro**. Tese de doutorado. Faculdade de Economia Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MACCARI, E. A.; NISHIMURA, A. T. Povoamento estratos conceitos 6 e 7 no sistema de avaliação da CAPES pela Área de Administração, Ciências Contábeis e Turismo nas avaliações trienais 2010 e 2013. **READ**. Porto Alegre, v. 79, n. 3, p. 601-624, set./dez. 2014.

UNESCO. **La Educación Superior em El Siglo XXI. Visión y acción**. Conferencia Mundial sobre La Educación Superior. Paris, 1998.

VERHINE, R. E.; FREITAS, Antônio Alberto da Silva Monteiro de. A avaliação da educação superior: modalidades e tendências no cenário internacional – melhor caminho é integração e complementariedade da avaliação externa, padronizada, e a interna, que respeita diversidade institucional. **Revista Ensino Superior Unicamp**. V. 3, n. 7, p. 16-39, 2012.

# Diretrizes curriculares nacionais para os cursos de Direito no Brasil: o ensino teórico e prático dos meios consensuais no direito da UFSC

*Ricardo Soares Stersi dos Santos  
Horácio Wanderlei Rodrigues  
Adriana Silva Maillart*

## Introdução

A educação jurídica brasileira ainda hoje encontra-se pautada na cultura da sentença, reproduzindo uma ideia em que as ações judiciais e as decisões adjudicadas proferidas pelos juízes se constituem no principal meio de administração dos conflitos jurídicos.

Há, entretanto, nos últimos tempos, um movimento que visa alterar a formação realizada pelos Cursos de Direito no Brasil, de maneira a produzir um ensino voltado aos meios consensuais de solução de conflitos,

estimulando a implantação, ainda que lenta, de uma cultura multiportas na gestão dos conflitos com ênfase no diálogo e no consenso. O referido norteamento encontra respaldo nas novas Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito no Brasil (DCNs).

A edição da Resolução nº 5 da Câmara de Educação Superior (CES) do Conselho Nacional da Educação (CNE), de 17 de dezembro de 2018,<sup>3</sup> que estabeleceu as novas DCNs para o Curso de Direito, trouxe a necessidade de (re)modelamento dos Projetos Pedagógicos dos Cursos de Direito (PPCs) e das respectivas matrizes curriculares, gerando a inserção de novas disciplinas e/ou conteúdos.

Entre as mudanças trazidas pelas novas DCNs dos Cursos de Direito e que deveriam estar operacionais até 19 de dezembro de 2021, conforme a Resolução CNE/CES nº 1, de 29 de dezembro de 2020<sup>4</sup>, encontra-se a necessidade de um ensino e de uma formação que promova o domínio teórico e prático das formas consensuais de solução de conflitos, nos termos dos arts. 3º; 4º, incisos VI e VIII; 5º, inciso II, 6º, § 6º, todos da Resolução CNE/CES nº 05/2018.

A inserção do aprendizado teórico e prático dos meios consensuais visa produzir, no ambiente acadêmico da graduação em Direito, a discussão e a análise sobre a possibilidade e a eventual necessidade de mudança de paradigma na gestão dos conflitos jurídicos no Brasil, substituindo a atual cultura da sentença por uma cultura multiportas com ênfase no consenso<sup>5</sup> que privilegie o diálogo e os acordos.

Assim, tal mudança poderia deslocar o paradigma de administração dos conflitos jurídicos, de uma preponderância da utilização de meios adversariais, fundamentalmente as ações judiciais e as suas decisões adjudicadas proferidas por juízes, para uma preponderância de colaboração

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Resolução CNE/CES nº 5*, de 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

<sup>4</sup> BRASIL. CNE/CES. *Resolução CNE/CES nº 1*, de 29 de dezembro de 2020. Dispõe sobre prazo de implantação das novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) durante a calamidade pública provocada pela pandemia da COVID-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cne/ces-n-1-de-29-de-dezembro-de-2020-296893578>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

<sup>5</sup> O modelo *Multi-door Courthouse – Tribunal Multiportas (MDC)* foi apresentado em abril de 1976, na Pound Conference em Saint Paul, Minnesota, nos Estados Unidos da América, pelo professor Frank Sander da Universidade de Harvard. Conforme Crespo (2012, p. 117-118), o MDC visa implantar um método que permita diminuir o acúmulo de processos judiciais ao enviar os conflitos para serem solucionados pelos meios mais adequados (judicial, consensual ou arbitragem, por exemplo). A cultura multiportas, por sua vez, leva em conta a internacionalização da ideia do MDC e a sua adequação às regras culturais de cada sociedade, no que se refere à utilização de outros meios de gestão de conflitos, tais como os meios consensuais, em complemento aos processos judiciais. No Brasil a construção da cultura multiportas implica em alterar as percepções, as interações, os comportamentos e os símbolos adotados pelos diversos grupos sociais na utilização dos meios adequados de gestão dos conflitos, com a inserção da ideia de ênfase aos meios consensuais.



entre as partes, com a utilização de meios dialogados e consensuais que são fundamentados em decisões tomadas pelos próprios interessados, por meio de acordos.

O presente trabalho busca analisar se atualmente o ensino teórico e prático dos meios consensuais realizado no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) encontra-se em consonância com as novas DCNs, bem como verificar se o formato adotado se encontra alinhado com a possibilidade de implantação, em algum momento, de uma cultura multiportas de tratamento dos conflitos jurídicos que seja pautada principalmente no diálogo e na solução consensual.

Também buscar-se-á discorrer sobre a utilização dos meios consensuais, mais especificamente das mediações pré-processuais, que são realizadas no Núcleo de Práticas Jurídicas do Curso de Direito da UFSC (NPJ/UFSC), que constituem, no presente momento, a principal estratégia de formação prática na utilização dos meios consensuais no Curso de Direito da UFSC.

O trabalho, para sua consecução, fez uso de pesquisa bibliográfica, documental e empírica, sendo a experiência do uso dos meios consensuais no NPJ/UFSC associado a uma ideia de estudo de caso.

### **3.1 As atuais DCNs no Brasil e o ensino dos meios consensuais de solução de conflitos nos cursos de Direito**

As atuais DCNs visam proporcionar uma educação jurídica mais alinhada aos contextos jurídicos, políticos, sociais, culturais e econômicos na atualidade, objetivando preparar o acadêmico de Direito para o mercado profissional, incluindo a utilização de formas consensuais para a administração dos conflitos jurídicos.

Como a cultura da sentença já está contemplada, desde sempre, na educação jurídica no Brasil por meio de múltiplas disciplinas e de conteúdos associados ao Processo, com a ênfase no Processo judicial, o desafio agora trazido pelas novas DCNs é a diversificação do ensino e da formação do acadêmico de Direito para que ele tenha acesso a métodos que prestigiem o diálogo e o acordo na solução de conflitos e que possam preparar esse mesmo estudante para atuar como um agente de transformação da cultura jurídica brasileira.

O que se busca estabelecer para a educação jurídica é uma perspectiva que produza, paulatinamente, nos acadêmicos de Direito (futuros operadores jurídicos), uma consciência profissional “múltiplas portas” na gestão de conflitos. Essa consciência da existência de múltiplas portas na gestão

de conflitos parte de algumas ideias de Sander e Goldberg (1999, p. 49-68), que concebem um papel importante para os operadores jurídicos, principalmente aos advogados e aos defensores públicos, a quem caberia auxiliar os representados na análise e na listagem dos procedimentos que melhor se adequem a solucionar o conflito vivenciado<sup>6</sup>.

Conforme Orsini, Silva e Oliveira Júnior (2021, p. 282):

[...] o profissional da área jurídica que poderia atuar como um canal multiplicador do conhecimento e da prática em negociação e mediação de conflitos, não faz chegar na sociedade a notícia de caminhos diversos ao processo judicial, perpetuando a insatisfação popular com as demandas judiciais [...].

Assim, para que o operador jurídico possa auxiliar o *consumidor da justiça* a realizar a análise e a listagem dos meios mais adequados para o conflito de interesses vivenciado pela parte, é importante que tenha obtido uma formação adequada, durante o Curso de Direito, quanto a teoria e prática dos múltiplos meios de administração de conflitos.

A atenção especial destinada ao tema dos métodos consensuais de solução de conflitos é verificada, nas novas DCNs, em várias passagens, destacando-se tanto nas inserções realizadas no âmbito do perfil do acadêmico de Direito, como também no âmbito das competências, dos conteúdos e das práticas jurídicas. Cuida-se de avanço bastante importante na educação jurídica brasileira, uma vez que, até então, por uma questão de apego à tradição, o destaque da gestão de conflitos sempre esteve no ensino teórico e prático do processo judicial e da sentença judicial, tido como instrumento primordial e quase exclusivo de pacificação social.

Para Rodrigues (2021a, p. 144):

A adoção dos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos constitui política pública encampada pelo CNJ deste 2010, tendo também sido inseridos no novo Código de Processo Civil. É conteúdo decorrente de opção político-jurídica, solicitado por diversas instâncias.

---

<sup>6</sup> Para Sander e Goldberg (1994, p. 53) alguns dos pontos que devem ser analisados pelos advogados com os seus clientes na escolha da listagem dos meios mais adequados para administrar os conflitos de interesse em cada caso são: custos; rapidez (tempo) do procedimento; necessidade de confidencialidade; necessidade de manter ou de melhorar a relação entre as partes; necessidade de vingança; necessidade de obtenção de uma opinião ou decisão neutra; necessidade de formação de um precedente para a questão ou de uma jurisprudência; necessidade de maximizar ou minimizar a recuperação de algo ou a reparação de um dano.

Em razão disso, tem sido objeto de grande produção acadêmica e constitui-se, também, a partir da edição da Resolução CNE/CES nº 5/2018, em componente curricular obrigatório dos cursos de Direito.

A importância do ensino e da formação pautada nos meios consensuais tem como um dos pontos de partida uma crítica à morosidade e aos elevados custos da jurisdição estatal, uma vez que os índices de confiança nos órgãos do sistema de justiça são baixos quando comparados com outras instituições socioestatais, afetadas por fatores ligados à confiabilidade, rapidez, custos, restrito acesso, independência, honestidade e capacidade para desempenhar sua atividade (ALVES DA SILVA, 2020, p. 14).

Apesar da última pesquisa de confiança da população em relação ao Poder Judiciário no Brasil (ICJ-Brasil 2021), realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo, demonstrar um significativo aumento da confiança dos brasileiros no Poder Judiciário (passando para 40% enquanto nos anos anteriores era de 24%)<sup>7</sup>, este índice demonstra-se ainda insuficiente, corroborando os questionamentos suscitados por Alves da Silva (2020, p. 14) sobre a hegemonia do método estatal tradicional de entrega da tutela jurisdicional:

[...] o processo judicial é sempre o método mais adequado para se produzir justiça? A jurisdição estatal é a única competente para tanto? Poderia a própria sociedade promover, de forma autônoma e difusa, soluções para as disputas de interesse mais justas do que a provinda do Estado? Determinadas disputas seriam resolvidas com mais justiça mediante outros tipos de mecanismos? Deve a sociedade ter seus próprios meios de solução de disputas?

Ao discorrer sobre a cultura da sentença, inserida na sociedade e também nos Cursos de Direito, Watanabe (2007, p. 07) aponta que “os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos [...]” e que essa cultura da sentença seria um produto de uma mentalidade ensinada e formada nos Cursos de Direito no Brasil, posteriormente reforçada pela prática profissional dos operadores jurídicos incluindo os juízes, mas não só.

O reflexo da cultura da sentença nos Cursos de Direito e as dificuldades de inserção dos meios consensuais na formação teórica e prática dos seus

---

<sup>7</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO. *Relatório ICJBrasil 2021*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 ago. 2022.

acadêmicos foi revelada na pesquisa de Maillart e Santos (2018, p. 687)<sup>8</sup>, que apontava que:

As disciplinas de formação obrigatória na utilização do meio judicial (disciplinas de processo e de prática jurídica real e simulada) representavam entre 10 a 20% da carga horária de integralização curricular, variando de instituição para instituição. Se for levado em conta apenas as disciplinas de ensino teórico do processo civil (incluindo teoria do processo) a carga horária de formação em disciplinas para o ensino do meio judicial variava entre 240 e 400 horas da integralização curricular.

A mesma pesquisa de Maillart e Santos (2018, p. 686-687), realizada em 2017, às vésperas da edição das atuais DCNs, constatava que nos 36 Cursos de Direito pesquisados, todos localizados na região Sul do Brasil, apenas um terço possuía alguma disciplina obrigatória voltada para os meios consensuais de administração de conflitos.

Em todos os Cursos de Direito pesquisados que detinham a disciplina obrigatória associada aos meios consensuais verificou-se que havia uma formação quase que exclusivamente teórica, com os conteúdos ensinados em uma única disciplina com carga horária máxima de dois créditos e com uma completa ausência de padronização dos conteúdos a serem ministrados.

Para se promover uma mudança de mentalidade na educação jurídica no Brasil, fundamentada nas novas DCNs, com a inserção de uma formação voltada para uma consciência multiportas na gestão de conflitos que venha a reconhecer a devida importância dos meios consensuais e a sua possibilidade de combinação escalonada com os meios heterocompositivos, é preciso uma série de medidas que permitam a transformação da cultura jurídica de administração dos conflitos.

Apesar de não ser objetivo do trabalho listar essas medidas, é necessário fazer alusão a três delas. A primeira, portanto, é estabelecer de que modo os conteúdos teóricos e práticos voltados para os meios consensuais serão incorporados na formação dos acadêmicos de Direito.

De acordo com as DCNs há conteúdos obrigatórios e não disciplinas ou matérias obrigatórias. Nesse sentido, a inserção da formação teórica e prática dos meios consensuais não necessita ser realizada, obrigato-

---

<sup>8</sup> MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A “cultura da sentença” em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de Direito no sul do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-700, jul.-dez. 2018. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/1962/1854>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

riamente, através do estabelecimento de disciplinas específicas para esses conteúdos, como disciplinas de negociação, conciliação, mediação etc., sendo admissível que os conteúdos relativos aos meios consensuais sejam inseridos em outras disciplinas previstas no currículo tais como processo civil, processo penal, processo do trabalho, práticas jurídicas etc., de maneira transversal, ainda que o desejável fosse o enquadramento em disciplinas específicas.

De acordo com Rodrigues (2021a, p. 144):

Considerando a amplitude decorrente desse conjunto de exigências, entendo ser necessário para cumpri-las, que os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos sejam inseridos no currículo dos cursos de Direito tanto em disciplina ou módulo, próprio ou compartilhado com outro conteúdo, quanto em atividades de formação prático-profissional. Dentre os métodos devem ser privilegiados, pelo tratamento dado pelo Direito brasileiro, a mediação, a conciliação e a negociação.

Além da inclusão em outras disciplinas ou em disciplinas específicas, algumas estratégias complementares também podem ser utilizadas para a inserção de conteúdos teóricos e práticos relativos aos meios consensuais nos Cursos de Direito, tais como: projetos permanentes de extensão voltados à formação dos acadêmicos e de grupos sociais estratégicos para a difusão dos meios consensuais (estudantes de ensino fundamental e médio, professores, líderes comunitários, polícia etc.); grupos de estudos e projetos de pesquisa abrigados nos Cursos de Direito; grupos acadêmicos treinados para competições regionais, nacionais e internacionais sobre meios consensuais de solução de conflito<sup>9</sup>, disciplinas optativas etc.

A segunda medida transformativa desse rol meramente expositivo é relacionar o ensino e a formação em meios consensuais a partir dos principais símbolos relacionados ao consenso e ao diálogo (cultura do consenso, cultura de paz ou cultura do diálogo).

Para Gonçalves (2020, p. 136-137), os principais atributos da cultura consensual são: a crença no empoderamento das partes e na sua autonomia para escolher (os meios que repute adequados para solucionar os problemas; terceiros que facilitem a solução das questões; a intenção de continuar ou não participando do procedimento consensual escolhido, se as propostas de acordo formuladas serão aceitas ou não); o respeito aos

<sup>9</sup> Existem no Brasil várias competições que versam sobre os meios consensuais. Entre tais competições é possível citar o Meeting de Negociação (Disponível em: <<https://www.meetingnegociacao.com.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2022) e a de Mediação Empresarial da CAMARB (Disponível em: <<https://camarb.com.br/ceventos/xiii-competicao-brasileira-de-arbitragem-e-mediacao-empresarial-camarb/>>.. Acesso em: 16 ago. 2022).



princípios da alteridade e da fraternidade; a legitimação e o reconhecimento das habilidades e competências de terceiros que sejam convidados a atuar como facilitadores no procedimento (mediadores e conciliadores, por exemplo); a valorização da cooperação e a busca por resultados satisfatórios para os envolvidos (acordo sensato).

A terceira medida transformativa, por fim, é compreender que as pessoas encarregadas de ensinar e formar os acadêmicos de Direito em relação aos meios consensuais devem ser profissionais cuja formação teórica e prática esteja inserida não só nos símbolos de uma cultura consensual, mas que possuam habilidades sociais que se coadunam com as principais ferramentas de utilização dos meios consensuais.

Seria extremamente improdutivo que os Cursos de Direito, apenas visando uma adequação formal às disposições das novas DCNs, venham a escolher profissionais com formação teórica e prática em contencioso judicial e em formas adversariais como os professores encarregados de apresentar o conteúdo relativo aos meios consensuais de administração de conflitos para os acadêmicos de Direito.

### **3.2 O ensino teórico e prático dos meios consensuais no curso de direito da ufsc antes e após as atuais DCNs**

Levando em consideração as atuais DCNs aqui tratadas, este tópico analisará se o ensino teórico e prático dos meios consensuais no Curso de Direito da UFSC vai ao encontro da ideia de promover uma consciência multiportas nos acadêmicos de Direito, com ênfase nas formas dialogadas de solução de conflitos, como propõem as referidas Diretrizes.

#### **3.2.1 O ensino teórico permeado com práticas simuladas: a disciplina negociação e mediação antes e após as atuais DCNs**

Em relação ao ensino teórico, vale ressaltar que o Curso de Direito da UFSC prevê atualmente uma disciplina obrigatória denominada “Negociação e Mediação”. Tal disciplina é cursada na sexta fase do Curso de Direito, possui dois créditos (36 horas-aula)<sup>10</sup> e foi criada e incorporada

<sup>10</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Currículo do Curso de Direito – 2010*. Disponível em: <<https://arquivos.ufsc.br/f/d27fc965c7cc4971809e/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

ao currículo em 2004<sup>11</sup>. Nela, os acadêmicos de Direito têm conteúdos como: elementos da teoria dos conflitos; ondas renovatórias do acesso à justiça com ênfase à terceira onda e aspectos teóricos e práticos da negociação integrativa, associada ao método de Harvard (princípios)<sup>12</sup>. Após as atividades teóricas e práticas da negociação integrativa, os acadêmicos são iniciados na mediação, que percebe o conflito como:

[...] uma trava ou obstáculo para a satisfação dos interesses e necessidades das partes e o tratamento que se o dá por meio da mediação é: fazer trabalhar colaborativamente às partes para que encontrem as formas de satisfazerem-nos (ALVARES, 2003, p. 130)<sup>13</sup>.

Na sequência da disciplina é realizada uma contextualização teórica sobre as escolas de mediação (colaborativa, transformativa e circular narrativa) e sobre as etapas da mediação, com os acadêmicos sendo estimulados, através de exercícios simulados, a utilizar as principais ferramentas da mediação tais como o *rapport*<sup>14</sup>, a escuta ativa<sup>15</sup>, as várias modalidades de perguntas<sup>16</sup>, entre outras. As etapas e as ferramentas da mediação são reforçadas com a assistência e a análise em sala de aula de

---

<sup>11</sup> Anteriormente à sua criação, o currículo de 1996 do Curso de Direito da UFSC já trazia a disciplina optativa *Equivalentes Jurisdicionais para a Mediação e Arbitragem*, na qual além da mediação e da conciliação, também era estudada a arbitragem. A disciplina *Negociação e Mediação* foi criada e estava prevista como optativa. No currículo de 2004 os métodos consensuais adquiriram uma maior autonomia, passando a ser obrigatória a disciplina *Negociação e Mediação* e sendo criada, como optativa, a disciplina *Justiça Restaurativa*. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Currículo do Curso de Direito - 1996*. Disponível em: <<https://cagr.sistemas.ufsc.br/relatorios/curriculoCurso?curso=303&curriculo=19961>>. Acesso em: 22 ago. 2022; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Currículo do Curso de Direito - 2004*. Disponível em: <<http://cagr.sistemas.ufsc.br/relatorios/curriculoCurso?curso=303&curriculo=20041>>. Acesso em: 22 ago. 2022).

<sup>12</sup> A obra base adotada para a negociação integrativa é a mesma utilizada no Projeto de Negociação da Harvard Law School: FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Publicação no Brasil em várias edições e editoras diferentes.

<sup>13</sup> Tradução livre de: “[...] el conflicto es considerado como una trava u obstáculo para la satisfacción de los intereses y necesidades de las partes, y el tratamiento que se le da por medio de la mediación es: hacer trabajar colaborativamente a las partes para que encuentren los modos de satisfacerlos”.

<sup>14</sup> Conforme Gonçalves e Goulart (2018, p. 138-141), o *rapport* cumpre diversas funções entre as quais: estabelecer a relação entre os envolvidos na mediação e criar credibilidade e confiança; circular informações sobre a mediação e gerar comprometimento dos envolvidos com a mediação.

<sup>15</sup> A escuta ativa, de acordo com Almeida (2017, p. 67), visa gerar um sentido de acolhimento às partes a demonstrar atenção e compreensão com relação aos temas e questões que estão sendo discutidos na mediação auferindo os interesses de cada um.

<sup>16</sup> Caram, Eilbaum e Risólia (2006, p. 271-72) apontam que as perguntas na mediação (e são de vários tipos: abertas, fechadas, reflexivas, circulares etc.) são utilizadas para que se compreenda a forma que cada participante percebe as questões e os temas discutidos na mediação.

diversos vídeos disponíveis no *youtube* que contenham práticas simuladas de mediação<sup>17</sup>.

A disciplina Negociação e Mediação, prevista nos currículos de 2004 e de 2010 do Curso de Direito da UFSC, acabava por esbarrar em algumas dificuldades diante do propósito de desenvolver uma consciência multiportas de gestão de conflitos nos acadêmicos de Direito.

A primeira dificuldade era o momento no curso em que a disciplina era lecionada. Na sexta fase os acadêmicos já haviam estudado vários conteúdos de processo o que gerava, em algumas situações específicas, uma certa resistência em conceber uma cultura jurídica de administração de conflitos muito mais ampla do que a prevalência de um modelo centrado na ação e na sentença judicial.

A segunda dificuldade era a carga horária da disciplina. Por se tratar da única disciplina obrigatória versada sobre os meios consensuais, a carga horária de 36 horas-aula se revelava insuficiente para aprofundar os conteúdos previstos na ementa da disciplina. Conteúdos como elementos da teoria dos conflitos e as ondas renovatórias do acesso à justiça, por exemplo, acabavam por ser lecionadas em apenas uma aula. A carga horária impedia, também, a possibilidade de aprofundar os símbolos próprios da cultura do consenso e realizar uma comparação mais abrangente em relação aos símbolos da cultura da sentença.

A terceira dificuldade era o espaço da sala de aula e a quantidade de acadêmicos em sala o que impedia a divisão em grupos menores para a realização de exercícios simulados de negociação e de mediação. Cada turma da disciplina era composta por até 45 acadêmicos.

Após as atuais DCNs houve uma revisão no projeto político-pedagógico do Curso de Direito (PPC) da UFSC e, conseqüentemente, no seu currículo. No novo currículo as duas primeiras dificuldades foram parcialmente enfrentadas e a terceira dependerá da possibilidade de alocação de novo espaço para as disciplinas obrigatórias criadas em substituição à disciplina Negociação e Mediação.

A primeira e a segunda dificuldades elencadas anteriormente foram equacionadas com a substituição da disciplina obrigatória de Negociação e Mediação por duas novas disciplinas obrigatórias, designadas Meios Consensuais de Solução de Conflitos I e II. Ambas as disciplinas receberam carga horária correspondente a dois créditos (36 horas-aula).

A disciplina Meios Consensuais I terá como conteúdos: teoria dos conflitos; negociação integrativa; formas consensuais online de solução

---

<sup>17</sup> Entre os vídeos assistidos e analisados em sala de aula têm-se: <<https://www.youtube.com/watch?v=NJ7nCCjp9SM>>; <[https://www.youtube.com/watch?v=Gth\\_AAPSug](https://www.youtube.com/watch?v=Gth_AAPSug)>.

de conflitos (ODRs), tais como a plataforma *Consumidor.gov*<sup>18</sup>. A disciplina Meios Consensuais II terá como conteúdos: conciliação e mediação (pré-processual e endoprocessual). As duas disciplinas serão lecionadas de forma a combinar os aspectos teóricos com as práticas simuladas.

No novo currículo a disciplina Meios Consensuais I será lecionada na segunda fase enquanto a disciplina Meios Consensuais II será lecionada na terceira fase, antes dos acadêmicos terem qualquer conteúdo associado ao processo judicial. O novo currículo começará a ser implantado no início de 2023.

### **3.2.2 O ensino prático dos meios consensuais no Núcleo de Práticas Jurídicas da UFSC antes e após as atuais DCNs**

Até 2017, se procurou estimular os acadêmicos de Direito em utilizar, de maneira prática e real, os meios consensuais de solução de conflitos ao longo das disciplinas obrigatórias de Prática Jurídica I, II, III e IV, lecionadas respectivamente nas sétima, oitava, nona e décima fases do Curso de Direito da UFSC. As referidas disciplinas são cumpridas no Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ), responsável por realizar o atendimento jurídico de pessoas da comunidade que sejam residentes em Florianópolis e que tenham renda mensal máxima de até três salários-mínimos.

Visando criar uma política educacional que gerasse um maior aprendizado prático dos meios consensuais e, mais especificamente, da mediação, em 2017 foi reconstituído o Núcleo de Mediação (NM). O NM começou a operar no início do segundo semestre de 2017, sendo a sua atuação vinculada exclusivamente à disciplina Prática Jurídica I, voltada ao atendimento dos conflitos em matéria de Direito de Família.

Participam do NM, desde a sua reconstituição, dois professores efetivos, responsáveis por atuar com Supervisores das Mediações<sup>19</sup> realizadas no

---

<sup>18</sup> BRASIL. *Consumidor.gov.br*. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1660747454880>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

<sup>19</sup> A função dos Professores Supervisores é a de acompanhar a mediação, auxiliando os acadêmicos-mediadores a cumprir as etapas e utilizar adequadamente as ferramentas da mediação. Caso os acadêmicos-mediadores tenham dificuldade ao longo das sessões, em razão da inexperiência, o Supervisor poderá assumir o procedimento para assegurar a sua continuidade até o final. Ao final do procedimento o Supervisor faz uma reunião de avaliação da sessão apenas com os acadêmicos-mediadores e com os alunos assistentes procurando avaliar a atuação dos mediadores, apontar os aspectos positivos e identificar pontos que podem ser melhorados para o futuro.

Núcleo. Ambos os professores possuem formação teórica e prática relativa ao emprego dos meios consensuais e, mais especificamente, da mediação.

No NM, as mediações são sempre pré-processuais, tendo como mediadores os acadêmicos da sétima fase do Curso de Direito. Os acadêmicos que desejam obter experiência prática com a mediação se inscrevem, voluntariamente, no início de cada semestre, para desempenhar as atividades de mediador. A atividade de mediação, portanto, não é obrigatória para os acadêmicos e, no currículo atual, se restringe aos acadêmicos da sétima fase do Curso de Direito.

O NM atua exclusivamente na mediação extrajudicial de conflitos que envolvam relações familiares, com predominância para os divórcios; alimentos; questões de guarda e visitas; investigações de paternidade e partilha de bens. Tais questões de família são atendidas todas as quintas-feiras, nos turnos da manhã e da tarde, na disciplina Prática Jurídica Real I, com carga horária de 90 horas-aula semestrais.

Quanto ao procedimento de funcionamento do NM, têm-se que, inicialmente a parte procura o NPJ<sup>20</sup> em razão da existência de um conflito que envolva a aplicação do Direito de Família. A parte é então cadastrada no NPJ e encaminhada para o atendimento de uma equipe constituída por dois acadêmicos de Direito, orientados por um professor responsável. Posteriormente a parte é ouvida pela equipe e apresenta a narrativa do problema que busca solucionar.

Após a narrativa da parte, a equipe de acadêmicos analisa a questão e procura informar a parte sobre os respectivos direitos aplicáveis à situação e sobre os meios disponíveis para administrar a referida questão. As equipes são instruídas a tentarem, antes da judicialização, o uso dos meios consensuais de administração dos conflitos.

Conhecida a percepção do cliente sobre a questão e ouvida a sua opinião sobre a possibilidade de utilização dos meios consensuais, a equipe de acadêmicos procura estabelecer contato com os demais interessados para verificar a possibilidade de dialogarem sobre o conflito, seja por meio da negociação ou por meio da mediação, quando cabível. Os envolvidos no conflito são esclarecidos que tanto a negociação quanto a mediação são voluntárias e que os interessados podem optar por participar, ou não, da negociação ou da mediação extraprocessual no NPJ/UFSC. Os interessados que não forem clientes do NPJ/UFSC são avisados e estimulados a

---

<sup>20</sup> As áreas de atuação do NPJ/UFSC estão disponíveis em: <<http://ccj.ufsc.br/area-de-atuacao/>>. O procedimento de atendimento no NPJ/UFSC está disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/atendimento/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

comparecer às sessões autocompositivas acompanhados de advogados, se assim desejarem.

A escolha pela utilização da negociação ou da mediação é definida a partir do contato com todos os interessados. A equipe buscará a composição do conflito por meio da negociação, quando verificar que a comunicação entre os interessados está fluindo de forma satisfatória e existe comportamento minimamente colaborativo entre todos. Caso as partes optem por um acordo, ao longo da negociação, o acordo é levado à homologação judicial.

Quando a comunicação entre as partes se apresenta difícil e turbada, com muitos ruídos<sup>21</sup>, com os interessados demonstrando dificuldades em ouvir e compreender a percepção dos demais, com uma carga emocional acentuada e também quando verificada a importância da manutenção das relações sociais continuadas entre todos os interessados, a equipe do NPJ proporá a possibilidade de realização da mediação. O encaminhamento para a mediação, no NM, só ocorrerá após o consentimento de todos os interessados.

Obtida a anuência dos interessados, será designada uma data (em livro próprio) para a realização da reunião de mediação, podendo esta ser suspensa e/ou estendida para outras datas, em caso de necessidade. As sessões de mediação têm um tempo máximo de duração de três horas (ainda que algumas poucas tenham tido uma duração maior)<sup>22</sup>.

Designada a data para mediação, uma dupla de mediadores é sorteada entre os acadêmicos inscritos para atuar na mediação. Na dupla sorteada um acadêmico atuará exclusivamente no secretariado da sessão (redação do acordo ou do termo negativo de acordo), e o outro como responsável pela condução da reunião de mediação. Além da dupla de acadêmicos, participam da mediação, como comediadores, um estagiário do Curso de Psicologia da UFSC e um dos professores responsáveis pela supervisão no NM.

As sessões de mediação no NM também são acompanhadas por até quatro acadêmicos ouvintes. O objetivo é que todos os acadêmicos que cursam a disciplina Prática Jurídica I tenham contato com pelo menos

---

<sup>21</sup> O termo ruído, neste estudo, é adotado para designar qualquer perda, extravio ou adulteração da mensagem a ser comunicada, que podem ser criadas por barreiras físicas, semânticas ou fisiológicas. Para maiores informações ver: FREIRE; CAMINHA; SILVA, 2015.

<sup>22</sup> A opção por sessões de mediação eventualmente mais longas e em menor número se deve às características do consumidor da justiça que procura atendimento no NPJ/UFSC. São pessoas em situação de muita vulnerabilidade econômica e social que não dispõem de recursos financeiros e/ou tempo para repetidamente comparecer ao NPJ. Os principais obstáculos enfrentados pelos clientes para comparecer às sessões de mediação no NPJ são: o custo do transporte e, muitas vezes, a necessidade de autorização prévia dos empregadores para que os mediandos possam comparecer às sessões em horários de trabalho (com o correspondente temor de demissão).



uma mediação, para que compreendam o papel de cada participante em uma mediação (atuação dos mediadores, das partes e dos advogados).

Para que não haja qualquer constrangimento para as partes em relação à presença dos acadêmicos ouvintes na mediação, é solicitada a prévia autorização para a presença dos ouvintes. Também é explicado às partes que os ouvintes são acadêmicos do Curso de Direito da UFSC e que o objetivo da presença deles na sala de mediação é o aprendizado sobre a mediação.

As partes são informadas, por fim, que os ouvintes não interferem na mediação e que também prestam o compromisso de confidencialidade daquilo que for dito na mediação. Vale frisar que a permanência dos ouvintes na sessão de mediação só se realiza se houver a expressa autorização das partes.

As sessões de mediação no NM são realizadas em sala específica para a atividade. Em conformidade com as orientações de Moore (1998, p. 135-38), o ambiente sugerido para mediação deve representar um lugar neutro; possuir uma mesa, preferencialmente redonda, para que se possa mascarar as diferenças entre os interessados; as cadeiras devem ser de igual formato e distribuídas preferencialmente em círculos para não indicar autoridades diferenciadas (diferença de poderes).

No NPJ/UFSC, a sala de mediação foi recentemente reformada. É bem iluminada, climatizada, possui uma mesa redonda na qual estão dispostas cadeiras confortáveis e de igual formato. Possui também uma mesa de secretariado, ao lado da mesa redonda, onde está disposto um computador para a digitalização dos termos (acordo ou não acordo) decorrentes de cada reunião de mediação, além de uma impressora.

Num canto da sala há uma pequena mesa onde fica disponibilizado água e café para os participantes (não há mais a oferta de chás e bolachas, em virtude da completa ausência de recursos próprios do NPJ/UFSC para fazer frente às referidas despesas). O tratamento acústico da sala não é adequado, pois uma das paredes da sala de mediação, que a separa de um corredor de passagem de alunos, é feita de compensados permeáveis a sons.

Apesar das limitações mencionadas, a sala de mediação atualmente pode ser considerada um espaço de acolhimento suficientemente adequado para a realização das reuniões.

Encerrada a reunião de mediação e após a saída dos mediandos (tenham ou não chegado a um acordo – parcial ou total), o supervisor da mediação realiza uma conversa com os acadêmicos mediadores e ouvintes com o intuito de produzir um *feedback* (avaliação de desempenho) relativo à análise do transcorrer da mediação, das ferramentas da mediação que foram utilizadas, da adequação de tais ferramentas na mediação, das

eventuais ferramentas que poderiam ter sido utilizadas e que não foram empregadas.

Em relação aos resultados das mediações realizadas no NM, conforme Maillart e Santos (2020), em quatro semestres havia ocorrido em torno de 100 mediações, com um índice de acordos em torno de 90% (noventa por cento) dos casos. Ainda que os índices de acordos obtidos fossem reputados elevados, havia o reconhecimento de que, por vezes, a mediação não havia sido eficiente para o restabelecimento de uma comunicação colaborativa entre os participantes ou na produção de acordos sensatos<sup>23</sup>.

Os objetivos centrais associados ao ensino teórico e prático dos meios consensuais no Curso de Direito da UFSC são inspirados em Folger (2017, p. 74-84) e podem ser apontados como: diretrizes para avaliar a implementação e a prática dos meios consensuais e especialmente a negociação e a mediação, adaptados para promover a formação de quadros de futuros operadores do Direito que reconheçam o potencial do diálogo para que as pessoas (incluindo os operadores do Direito) se conectem; o entendimento da importância dos meios consensuais para produzir e fortalecer a autodeterminação das pessoas e a sua capacidade de administrar os próprios problemas; entendimento da diferenciação de perfil e de formação (treinamento) que se exige para utilizar os meios consensuais quando comparados ao perfil de formação tradicional dos Cursos de Direito cujo enfoque é dado na judicialização dos conflitos; permitir que utilização da mediação, num futuro próximo, se desenvolva de forma adequada e valorizada no Poder Judiciário ou em outras instituições dada sua importância e singularidades e não como mera etapa ou alternativa do processo judicial; compreender a lógica própria dos meios consensuais e as suas características diferenciadas para estimular o poder dos interessados (partes e entorno social) na administração dos conflitos; buscar meios mais adequados de promoção da pacificação social e da participação social na administração dos conflitos.

É importante destacar que a experiência de ensino e de formação prática dos meios consensuais (principalmente da conciliação e da mediação), antes das atuais DCNs, também foi contemplada em outros Cursos de Direito<sup>24</sup> que ofereciam muitas vezes tais práticas em disciplinas disponíveis

---

<sup>23</sup> Fisher, Ury e Patton (2005, p. 22) definem o acordo sensato como sendo aquele “[...] que atende os interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade”.

<sup>24</sup> Citam-se como exemplo as disciplinas Prática Jurídica Social I e II oferecidas no Curso de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (FURB) a partir de 2017 que previam atividades práticas de negociação e mediação. As práticas autocompositivas seguiam na sequência de uma disciplina obrigatória teórica designada métodos autocompositivos de resolução de conflitos, com 60 horas-aula (quatro créditos). Disponível em: <<https://conselhos.furg.br/arquivos/coepea-deliberacoes-4camara/2016/00816.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

nos NPJs e nos Escritórios Modelos de Assistência Jurídica e também por meio de ações de extensão universitária.

Em relação ao novo currículo do Curso de Direito da UFSC, pós DCNs, o ensino prático dos meios consensuais não será alterado no que diz respeito à prioridade para a utilização pré-processual das formas autocompositivas no NPJ/UFSC. A novidade será o estabelecimento de diversas clínicas jurídicas a serem ofertadas na nona fase do Curso de Direito, incluindo-se uma Clínica de Meios Consensuais.

A Clínica de Meios Consensuais terá carga horária de 90 horas-aula (cinco créditos) e abrirá o caminho para ofertar serviços à comunidade para além da mediação em matéria de família. Com a Clínica de Meios Consensuais será possível oferecer no NPJ/UFSC práticas de justiça restaurativa; práticas de conciliação em juizados especiais civil/criminal (mediante convênio com o Poder Judiciário); práticas autocompositivas junto à administração pública em matéria tributária; práticas autocompositivas em matéria de superendividamento ou em relações de consumo etc., incorporando uma abordagem transversal para a matéria.

O ensino prático obrigatório por meio de clínicas jurídicas já é uma experiência realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/São Paulo, desde 2017<sup>25</sup>. Dentre as clínicas jurídicas ofertadas no Curso de Direito da FGV/SP figura a de Mediação e Facilitação de Diálogos, com carga horária de 90 horas-aula.

Outra maneira desenvolvida no Curso de Direito da UFSC, mas também em diversos outros Cursos de Direito, para estimular o conhecimento prático dos acadêmicos no emprego dos meios consensuais tem sido a participação em competições regionais, nacionais e internacionais de negociação e de mediação.

Desde o início de 2020 foi criada equipe composta por acadêmicos de Direito da UFSC (e treinada por *coaches*) que participa de competições como o Meeting de Negociação (competição destinada a avaliar a prática da negociação em conflitos empresariais)<sup>26</sup> e a competição de mediação

---

<sup>25</sup>FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Clínicas de Prática Jurídica. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/oficinas-e-clinicas>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

<sup>26</sup> A participação da equipe do Curso de Direito da UFSC na competição Meeting de Negociação encontra-se disponível em: <<https://noticias.ufsc.br/2020/05/direito-da-ufsc-conquista-primeiro-lugar-em-etapa-regional-de-meeting-de-negociacao/>>; <<https://noticias.ufsc.br/tags/negociacao/>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

empresarial da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).<sup>27</sup>

Nas competições mencionadas, os acadêmicos aprendem a utilizar de maneira prática as técnicas e as ferramentas tanto da negociação quanto da mediação por meio de casos simulados. O desempenho das equipes é analisado e julgado por um corpo de avaliadores constituído dentre os principais profissionais da negociação e da mediação no Brasil e em outros países.

### **3.3 A (in)adequação do ensino dos meios consensuais no curso de Direito da UFSC e as atuais DCNs**

Apresentadas as disciplinas teóricas e práticas constantes do atual e do próximo currículo do Curso de Direito da UFSC, é preciso analisá-las em consonância com a atuais DCNs do Curso de Direito e se o referido modelo poderá propiciar uma formação que venha a produzir uma consciência multiportas nos acadêmicos de Direito.

Em relação ao primeiro parâmetro de consonância com as atuais DCNs, é possível indicar que tanto o currículo atual quanto o novo currículo do Curso de Direito da UFSC cumprem as exigências previstas na legislação.

O currículo atual e o novo currículo possuem conteúdos teóricos e práticos que asseguram, no perfil dos acadêmicos, uma formação que propicie domínio dos meios consensuais (art. 3º) de maneira a [...] *desenvolver a cultura do diálogo e o uso dos meios consensuais* [...] (art. 4º) e obter uma formação técnico-jurídica sobre as formas consensuais (art. 5º, II) com uma prática jurídica que contemple as práticas de resolução consensual de conflitos (art. 5º, § 6º).

O novo currículo disporá de uma carga horária maior para o desenvolvimento dos conteúdos que atendam às atuais DCNs e as disciplinas teóricas obrigatórias relativas aos meios consensuais serão abordadas

---

<sup>27</sup> A participação da equipe do Curso de Direito da UFSC na competição de mediação empresarial da CAMARB está disponível em: <<https://www.fecema.org.br/participacao-do-grupo-de-estudos-em-meios-consensuais-da-ufsc-na-xi-competicao-de-mediacao-empresarial-da-camarb/>>; <<https://noticias.ufsc.br/2021/10/alunas-de-direito-da-ufsc-conquistam-1o-e-2o-lugar-em-competicao-de-mediacao-e-arbitragem-empresarial/#more-230649>>; <<https://www.jota.info/jotinhas/usp-mackenzie-e-ufsc-vencem-maior-competicao-de-arbitragem-e-mediacao-da-america-latina-25102021>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

logo no início da formação, enquanto a disciplina prática será desenvolvida no NPJ.

A possibilidade, entretanto, do atual currículo e do novo currículo permitirem ao acadêmico de Direito da UFSC atuar como protagonista da construção de uma consciência social multiportas na administração dos conflitos, superando o modelo da cultura da sentença por uma cultura do diálogo e preponderando a utilização das formas consensuais, dependerá de múltiplos fatores, dentre os quais se encontram: a carga horária disponibilizada para os conteúdos relativos aos meios consensuais; a metodologias empregadas para o ensino teórico e prático dos conteúdos associados aos meios consensuais; a formação e a habilidades dos profissionais responsáveis pelo ensino e formação dos meios consensuais.

A análise em relação ao primeiro fator acima identificado é que a carga horária disponibilizada para os conteúdos associados aos meios consensuais (no atual e no novo currículo) no Curso de Direito da UFSC pode ser reconhecida como insuficiente para a criação de uma consciência multiportas na gestão de conflito.

A carga horária das disciplinas e conteúdos associados aos meios consensuais continua pequena quando comparadas a carga horária das disciplinas e conteúdos destinados ao ensino teórico e prático do processo judicial. Seria necessária a inserção de novos conteúdos voltados para os métodos consensuais em disciplinas obrigatórias e, complementarmente, em disciplinas optativas, para se alcançar um ponto de equilíbrio entre a carga horária destinada aos conteúdos autocompositivos com aqueles voltados à utilização da forma judicial de solução de conflitos.

Tal inserção de conteúdos relacionados à autocomposição deveria atingir também os conteúdos previstos em diversas disciplinas obrigatórias e optativas do Curso de Direito, tais como: Processo Civil, Processo Penal, Processo do Trabalho, Processo Administrativo, Direito Tributário etc., sendo tratada transversalmente como previsto nas atuais DCNs.

Em relação ao segundo parâmetro, pode-se verificar que, atualmente, a disciplina negociação e mediação é ensinada com uma metodologia que associa os conteúdos teóricos com a prática simulada. A utilização da prática simulada pode ser melhorada nas disciplinas previstas no novo currículo (Meios Consensuais I e II) com o emprego, por exemplo, da metodologia do método do caso, metodologia essa que é incentivada nas atuais DCNs<sup>28</sup>.

O emprego da pesquisa empírica, representada pelo estudo de caso, vai permitir uma melhor compreensão do acadêmico de Direito sobre as

---

<sup>28</sup> Sobre o Método de Caso e outras metodologias ativas, ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GOLINHAKI, Jeciane. *Educação Jurídica Ativa: caminhos para a docência na era digital*. 2. ed. revista e atualizada. Florianópolis: Habitus, 2021.

situações reais em que são empregadas as formas autocompositivas, de maneira a compreender *como* e *porque* se realiza o emprego dos meios dialogados de administração de conflitos na pacificação social.

Por fim, em relação ao terceiro parâmetro, o Curso de Direito da UFSC atualmente possui profissionais com formação teórica e prática hábil na utilização dos meios consensuais. Porém é importante que durante a seleção de novos professores que venham a ser responsáveis pelo ensino de conteúdos em que seja possível o emprego dos meios consensuais (Processo Civil, do Trabalho, Penal; Direito Administrativo, Tributário etc), seja atribuído alguma modalidade de relevância aos conhecimentos teóricos e práticos dos candidatos em relação à utilização dos meios consensuais, permitindo que, no futuro, o ensino e a formação dos acadêmicos de Direito da UFSC, quanto aos conteúdos associados às formas autocompositivas, não fique restrita às duas disciplinas teóricas (Meios Consensuais I e II) e à disciplina prática (Clínica de Meios Consensuais) contempladas no novo currículo.

Dessa maneira é possível pensar que o Curso de Direito da UFSC já possui o embrião de um ensino teórico e prático dos meios consensuais que, aperfeiçoado, será fundamental na construção, pelos acadêmicos de Direito, de uma consciência multiportas de administração dos conflitos.

A expectativa é que uma consciência multiportas de gestão de conflitos consolidada na comunidade do Direito tende, com o tempo, a se expandir de maneira a informar e educar como toda a sociedade brasileira pensa e administra os conflitos cotidianos, produzindo paulatinamente o incremento das soluções dialogadas e consensuais e a diminuição das decisões adjudicadas.

## Considerações finais

As atuais DCNs para os Cursos de Direito apontam para a necessidade de um ensino teórico e prático alinhado com um modelo de gestão multiportas dos conflitos ao impor a inserção de disciplinas e/ou conteúdos voltados para os meios consensuais na educação jurídica.

O Curso de Direito da UFSC já possui uma experiência obrigatória de ensino teórico e prático dos meios consensuais que foi criada e implantada em 2004 – e optativa desde 1992 –, ou seja, anteriormente às novas Diretrizes. Com o intento de atender o novo texto normativo, houve uma remodelação, na UFSC, do ensino teórico e prático dos meios consensuais, com a inserção de novas disciplinas obrigatórias. Assim, se verifica que tanto o antigo quanto o novo currículo do Curso de Direito da UFSC estavam alinhados, de maneira formal, às exigências contidas nas atuais DCNs.



Entretanto, com algumas modificações apontadas, tais como o aumento de carga horária das disciplinas e/ou dos conteúdos relativos aos meios consensuais; a incorporação de novas metodologias de ensino, como o estudo de caso e a abordagem transversal da matéria nas demais disciplinas ministradas no Curso de Direito; a seleção de professores com conhecimento teórico e prático dos meios consensuais para ensinar em disciplinas obrigatórias e optativas estratégicas, é possível acreditar que o Curso de Direito da UFSC estará apto a despertar, nos seus acadêmicos, uma consciência multiportas na administração dos conflitos, de maneira a, no futuro, atuarem como os principais instrumentos de informação e de educação da sociedade na utilização do diálogo e do consenso para solucionar os conflitos do dia a dia.

## Referências

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação**. São Paulo: Dash, 2014.

ALVAREZ, Gladys Stela. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Resolução de Disputas: Métodos Adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 13-29.

BRASIL. **Consumidor.gov.br**. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1660747454880>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. **Resolução CNE/CES nº 5**, de 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104\\_111-rces005-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104_111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192)>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. CNE/CES. **Resolução CNE/CES nº 1**, de 29 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cne/ces-n-1-de-29-de-dezembro-de-2020-296893578>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB). XII Competição brasileira de arbitragem e mediação empresarial. Disponível em: <<https://camarb.com.br/eventos/xiii-competicao-brasileira-de-arbitragem-e-mediacao-empresarial-camarb/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. **Mediação, diseño de una práctica**. Buenos Aires: Librería Historica, 2006.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FOLGER, Joseph P. A evolução e avaliação da mediação no Brasil: questões chave para analisar o projeto e a implementação da prática. *In*: BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017. p. 71-88.

FREIRE, Marla; CAMINHA, Rakel de Alencar Araripe Bastos; SILVA, Liliana Rodrigues da. Os ruídos comunicacionais na Pós-Modernidade: barreiras pessoais, físicas e semânticas para uma comunicação efetiva. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XIV. **Anais do Congresso de Ciências da Comunicação na Região Norte**. Manaus/AM, 2015. Disponível em: <<https://www.portalintercom.org.br/anais/norte2015/resumos/R44-0360-1.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO – DIREITO SP. **Relatório ICJBrasil 2021**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 ago. 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – DIREITO SP. **Clínicas de Prática Jurídica**. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/oficinas-e-clinicas>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

GOULART, Juliana; GONÇALVES, Jéssica. **Mediação de conflitos, teoria e prática**. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A “cultura da sentença” em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de Direito no sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-700, jul.-dez. 2018. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/1962/1854>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MEETING DE NEGOCIAÇÃO. Disponível em: <<https://www.meetingnegociacao.com.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da; OLIVEIRA JUNIOR, Ronan Ramos de. A contribuição do ensino de negociação e mediação de conflitos no Direito para um novo tempo de paz. *In*: MOREIRA, Vital; MACHADO, Jónatas; GOMES, Carla de Marcelino; GOMES, Catarina; NUNES, César Augusto Ribeiro; SOARES, Leopoldo Rocha. **Anais de artigos completos do V CIDH Coimbra 2020**. V. 5, Campinas/Jundiaí: Brasília; Brasil; Fibra, 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Projeto Pedagógico do Curso de Graduação em Direito**. 3. ed. revista e atualizada. Florianópolis: Habitus, 2021a.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito**. Florianópolis: Habitus, 2021b.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GOLINHAKI, Jeciane. **Educação Jurídica Ativa: caminhos para a docência na era digital**. 2. ed. revista e atualizada. Florianópolis: Habitus, 2021.

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. Fitting the forum to the fuss: A user-friendly guide to selecting an ADR procedure. **Negotiation Journal**. V. 10, jan. 1994, p. 49-68.

SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; AMORIM, José Roberto Neves. A formação do operador do Direito pelo prisma da autocomposição, a política pública e suas relações com a mediação e conciliação. *In*: RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhezi de; DIAS, Eduardo Machado; BERTIPAGLIA, Guilherme; POLLONI, Juliana. **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. Curitiba: Prisma. p. 23- 46.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Currículo do Curso de Direito – 1996**. Disponível em: <<https://cagr.sistemas.ufsc.br/relatorios/curriculoCurso?curso=303&curriculo=19961>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Currículo do Curso de Direito – 2004**. Disponível em: <<http://cagr.sistemas.ufsc.br/relatorios/curriculoCurso?curso=303&curriculo=20041>>. Acesso em: 22 ago. 2022.


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Currículo do Curso de Direito**. Disponível em: <<https://arquivos.ufsc.br/f/d27fc965c7c-c4971809e/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Núcleo de Práticas Jurídicas**. Áreas de atuação. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/area-de-atuacao/>>; Atendimento. Disponível em: <<http://ccj.ufsc.br/atendimento/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito**. Disponível em: <<https://arquivos.ufsc.br/f/e6c-d5e9ef9ed4302a718/>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE. **Alteração curricular do Curso de Direito**. Disponível em: <<https://conselhos.furg.br/arquivos/coepea-deliberacoes-4camara/2016/00816.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Atlas, 2007.



# A politização do judiciário e a juridicização do político: o papel dos juízes na criação do direito, em tempos de democracia deliberativa

*Pedro Manoel Abreu*

## **Introdução**

Uma das questões centrais da teoria política e da teoria jurídica é a demarcação dos limites da representação em face de dois fenômenos contemporâneos — a denominada judicialização da política e a politização do jurídico, que parecem subverter a clássica divisão dos poderes concebida pelo Estado liberal. Outra questão importante diz respeito à delimitação dos espaços dos diversos sistemas — político, jurídico e econômico — objeto de interferências recíprocas, apontadas como razão de uma verdadeira crise da representação.

O Judiciário, na democracia contemporânea, de outra parte, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de



divisão de funções, fundante do Estado moderno, assume novos papéis nesse novo patamar civilizatório, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e passíveis de efetivação no processo.

Essa tendência contemporânea traduz uma radical mudança de perfil do Judiciário, que passa a ter um crescente envolvimento com a questão social, abdicando progressivamente de uma postura positivista-normativista, que o tornava um poder periférico, distante da agenda política e dos atores sociais, para tornar-se, agora, uma instituição central à democracia, especialmente a brasileira. Ademais, facultado o controle abstrato de constitucionalidade das normas à comunidade dos intérpretes, o Judiciário passa a ser apreendido como um estuário para as insatisfações políticas, notadamente pelo ativismo legislativo pelo Executivo, e assume um papel constitucional que o identifica como guardião da Constituição e dos valores fundamentais da República, exercitando uma representação funcional e argumentativa (deliberativa).

Os temas aqui abordados têm sido objeto de pesquisa do autor nos últimos anos, seja no doutoramento, exercício da cátedra, em conferências e debates acadêmicos, inclusive com magistrados, seja em cursos de formação inicial, continuada e especialização de juízes.

Nesse compasso, o autor tem procurado decifrar os caminhos do judiciário brasileiro nesses tempos de ativismo judicial evidente, inclusive em matéria de políticas públicas, e mais intensamente a tendência de normatização das decisões dos tribunais, principalmente pelo STF e STJ (via Repercussão Geral e Recursos Repetitivos), e de dogmatização crescente das decisões pela adoção do sistema de precedentes pelo novo Código de Processo Civil.

Nessa perspectiva, é fundamental reforçar algumas conclusões já acenadas difusamente em pesquisas anteriores, ressaltando a questão da politização do judiciário e a juridicização do político, principalmente na sociedade brasileira e, finalmente, uma questão adjacente que diz respeito à interpretação e a criação do direito pelos juízes, no exercício da jurisdição democrática, nessa quadra da vida nacional e nesses tempos complexos da pós-modernidade de democracia deliberativa.

## **4.1 A politização do judiciário e a juridicização do político na sociedade contemporânea**

A desneutralização, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política são processos afirmativos do Judiciário, em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de



*civil law*, constituindo-o, no vaticínio de Cappelletti, no “Terceiro Gigante”. O Judiciário, seja como ator coletivo, seja através do trabalho heroico e compassivo do juiz individual, “*abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação*” (VIANNA, 1997, p. 31 e 39).

No plano político um dos temas recorrentes na atualidade é justamente a discussão acerca da capacidade de intervenção do Judiciário no âmbito das questões governamentais. Assuntos habitualmente circunscritos à arena política estariam sendo objeto de decisões judiciais. Por isso, fala-se em *governo de juízes, judicialismo, judicialização, judiciocracia, ativismo judicial, juridicização do fato político*, dentre outros termos, que retratam essa expansão do Poder Judiciário, fenômeno apontado como um dos mais notórios fatos políticos da atualidade<sup>29</sup>.

O limite entre o político e o judicial, para Eugenio Raúl Zaffaroni (1995), não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser apolítica, mesmo porque é inarredável o reconhecimento de que o poder judiciário é governo. A definição do judiciário, por isso, não pode ser estabelecida “*na afirmação de que não estabelece regras erga omnes, de que não é co-legislador*”, porquanto a realidade tem demonstrado que não lhe resta, às vezes, outro recurso do que sê-lo (ZAFARONI, 1995, p. 24-25)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Sobre o tema ver: SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 79-80. O autor esclarece que a expressão (a) *governo dos juízes* é oriunda dos EUA durante o período de expansão do controle de constitucionalidade da Suprema Corte. Sobre o tema, igualmente, reporta-se às obras de LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux Etats-Unis*. Paris: Giard, 1921; LEMOINE, Yves. *Le Complot des Juges*. Paris: Félin, 1993. (b) O termo *judicialismo* é atribuído ao Ministro Orozimbo Nonato do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido na Representação nº 94-RS, publicado na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 109, mar. de 1948. (c) Já o termo *judicialização da política*, segundo Silva, ver: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970; \_\_\_\_\_. “The Judicialization of Politics”. In: *International Political Science Review*. Londres, v. 15, n. 2, abr. de 1994; SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. Nova York: New York University Press, 1995. (d) Quanto ao termo *judiciocracia*, ver: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 325. (e) Sobre a expressão *ativismo judicial*, reporta Silva que a palavra *judicial activism* surgiu nos EUA para designar a participação crescente do Judiciário nas questões políticas, como observa GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24. (f) Por fim, o termo *juridicização do fato político*, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetivação de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66-73.

<sup>30</sup> Sobre o assunto ver também: BIELSA, Rafael A. *Transformación del derecho en justicia: Ideas para una reforma pendiente*. Buenos Aires: 1993, p. 54; DROMI, Roberto. *El Poder Judicial*. Mendoza: 1984, p. 87 e 83.

Numa visão sistêmica, para Luhmann<sup>31</sup>, a sociedade sempre foi uma rede de comunicações. Entretanto, na percepção de Campilongo, os modos de organização dessa rede variaram historicamente e somente na modernidade foram estabelecidos critérios funcionais, com a estabilização de sistemas especializados, como o direito, a política e a economia. Como consequência da realidade de uma sociedade diferenciada funcionalmente, conforme salienta o referido jurista, “os vínculos, relações e sobreposições entre sistemas tornam-se pela primeira vez um problema prático e teórico da sociedade” (CAMPILONGO, 2000a, p. 23-24)<sup>32</sup>.

Com o advento do Estado moderno evidenciaram-se as exigências de estabilização de sistemas com funções delimitadas. Segundo Campilongo (2000a), “[a] atribuição de papéis distintos e específicos aos sistemas jurídico, político e econômico, paradoxalmente cria as condições para que se pense não só na autonomia dos sistemas, mas também nos seus entrelaçamentos”.

E complementa:

Com o sistema jurídico dá-se o mesmo. [...] as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão de poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de direito, personalidade jurídica, garantias das minorias etc., são exemplos dessas ações. Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não significa ignorância ou insensibilidade pela política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos. Só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a ‘politização da justiça’ e ‘judicialização da política’ tornam-se problemas relevantes. Sem que se saiba a função específica de

<sup>31</sup> Ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, 202 p.

<sup>32</sup> Anota Campilongo que, “quando os critérios de organização da comunicação eram estratificados, o importante era saber a posição de quem falava na hierarquia social. Os critérios de inclusão nos sistemas dependiam, essencialmente, da origem social, família ou status de nascimento. As diferenças entre o sistema político e jurídico, por exemplo, ocupavam um papel secundário em face dos critérios de estratificação. Ainda não existiam, na visão de Luhmann, sistemas diferenciados funcionalmente” (p. 24).

um e de outro sistema, não há sentido em se fazer as conexões ou sobreposições. (CAMPILONGO, 2000, p. 24-25)

No plano jurídico, na acepção de José Eduardo Faria (2004), de todos os ramos do Direito talvez seja o constitucional o mais impactado pelas transformações econômicas e políticas destas últimas décadas. A ideia de constituição, fruto da engenharia política liberal-burguesa do século XIX, pensada como “centro emanador do ordenamento jurídico”, o direito constitucional principiou o século XX como sinônimo de segurança e legitimidade. Demarcou os mecanismos de violência monopolizados pelo Estado, “*institucionalizando seus procedimentos decisórios, legislativos e adjudicatórios*”, situou as formas de participação política e definiu o espaço soberano da palavra e da ação “*em contextos sociais marcados pelo relativismo ideológico e em cujo âmbito o poder do Estado depende de critérios externos aos governantes para ser aceito como válido*” (FARIA, 2004, p. xv).

Conforme Faria (2004),

No limiar do século XXI, contudo, a ideia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia. O que ocorreu ao longo desse período? O que explica a metamorfose sofrida pelas constituições contemporâneas, deixando de ser aceitas como condição de legitimidade da ordem jurídico-política para se converter em objeto de um amplo processo de reforma e enxugamento? O que levou a esse refluxo do constitucionalismo e do próprio direito público e a retomada das pretensões hegemônicas do direito privado, especialmente o civil? (FARIA, 2004, p. xv)

**E contextualizando a influência da economia sobre o sistema jurídico, contaminando todos os demais setores da vida social, completa:**

Ao final do século passado, os princípios e mecanismos básicos forjados pelo constitucionalismo, como as liberdades fundamentais, o equilíbrio dos poderes e a segurança do direito, alimentavam um projeto jurídico-político considerado capaz de enfrentar a crescente complexidade socioeconômica gerada pelo capitalismo mercantil. Hoje, com a globalização dos mercados e a internacionalização do sistema financeiro, valores como ganhos incessantes de produtividade, acumulação ilimitada e livre circulação de capitais converteram-se em imperativos categóricos, transcendendo os limites da

economia e contaminando todas as demais esferas da vida social.  
(FARIA, 2004, p. xv)

A preponderância da lógica do mercado, segundo Faria, contagiando todas as esferas da vida social, atendendo aos imperativos peremptórios do sistema econômico, esvaece a compreensão de uma ordem constitucional submetida a um padrão político e moral.

Anseios e expectativas formadas ao longo de tensos e conflitivos processos de construção e reconstrução política, em cujo âmbito o tipo de sociedade por eles constituído corresponde a uma certa concepção de moralidade, são sumariamente desqualificados e desconfirmados. Daí, em relação a todas essas mudanças, a tentativa de se recuperar a ética no centro das discussões, ao menos do ponto de vista teórico. Mais precisamente, de se retornar às questões sobre o reconhecimento da dignidade humana, da manutenção das redes sociais de produção, dos direitos dos pobres e das minorias, da atribuição ao poder público da responsabilidade pela equalização de oportunidades – enfim, as velhas, porém muitas vezes esquecidas questões de justiça distributiva e do bem comum, que vinculam Estado e cidadania. (FARIA, 2004, p. xvii)

Especialmente sobre a inserção da ética no âmbito da política para lograr-se a configuração de uma identidade na democracia, Giselle Cittadino (2004) observa que o tão anunciado “triunfo” da democracia liberal<sup>33</sup> convive com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com as concepções de “estado mínimo” e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade (CITTADINO, 2004, p. 75-76).

Acrescenta que é, em meio a esse contexto histórico complexo, que se pode assistir a um renascimento da filosofia política, centrada nas relações entre ética, direito e política, cuja principal marca é o compromisso indiscutível com os ideais democráticos. A filosofia política, nessa conjuntura histórica, parece ter encontrado a certeza de que já não é possível

---

<sup>33</sup> Ver: CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, Direito e Justiça distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. A autora sublinha esse triunfo da democracia liberal, especialmente, pela derrocada do autoritarismo comunista no Leste Europeu e a reconstrução do Estado de Direito nos países latino-americanos, após longas ditaduras militares, além da convivência de grupos étnicos e religiosos em sociedades multiculturais, que marcaram a história política do final do século XX.

sobreviver fora de algum padrão de eticidade e de justiça (CITTADINO, 2004, p. 76).

Por outro lado, sublinha Cittadino (2004) que a ficção do sujeito pré-político dá lugar agora à intersubjetividade, ou seja, a considerações acerca das relações linguísticas entre os indivíduos. A filosofia política contemporânea<sup>34</sup> se defronta com os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna, uma vez que o sujeito racional solitário está morto. É pela via da intersubjetividade, portanto, que se regressa ao mundo da ética, do direito e da política. As diversas correntes travadas no âmbito da filosofia política, envolvendo liberais,<sup>35</sup> comunitários<sup>36</sup> e crítico-deliberativos<sup>37</sup> compartilham esse território comum de investigar como se pode compreender a sociedade e quais os elementos e instrumentos que devem atuar nesse processo. A intersubjetividade é, para todos, entretanto, marco de referência da ética e da política, ime-

---

<sup>34</sup> Consoante Cittadino, há pelo menos quatro correntes doutrinárias, no âmbito da filosofia política, que realizam um debate teórico – Os *libertários*, os *liberais contratualistas*, os *comunitaristas* e os *crítico-deliberativos*, conforme anota José Eduardo Faria. Gisele Cittadino, na obra em destaque, privilegia três dessas correntes – os liberais, os comunitários e os crítico-deliberativos, que serão objeto de referência. Sobre os *libertários*, anota Faria:

- Os *libertários*, como Robert Nozick e Friedrich Hayek para quem (a) o aparato coercitivo-jurídico do Estado moderno tem sido utilizado para pressionar o indivíduo e violar seus direitos, inclusive quando o obriga a ajudar o próximo ou o proíbe de desenvolver determinadas atividades para se proteger contra roubos e fraudes, (b) as ideias de justiça social em princípio são um contrassenso por comprometer as liberdades inerentes ao homem, (c) a livre apropriação seria o único princípio de justiça, e (d) só o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força e fiscalização do cumprimento de contratos, é justificável” (FARIA, 2004, p. xviii).

<sup>35</sup> Para Faria, os “*liberais contratualistas*, como John Rawls e Ronald Dworkin, que tratam de questões como as relativas à efetividade e ao reconhecimento dos direitos civis dentro da tradição kantiana, vendo a sociedade como uma combinação da afirmação de identidades e da eclosão de conflitos entre distintas concepções individuais acerca do bem e da vida digna” (FARIA, 2004, p. xviii).

<sup>36</sup> Segundo Faria, “os *comunitaristas*, como Michael Walzer, Charles Taylor, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre, que recuperam a tradição aristotélica ao (a) pôr em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente, (b) enfatizar a multiplicidade de identidades sociais e culturais étnicas presentes na sociedade contemporânea e (c) conceber a justiça como a virtude na aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticando os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma ‘sucessão alternada de monólogos’” (FARIA, 2004, p. xviii-xix).

<sup>37</sup> Os *crítico-deliberativos*, consoante Faria, “como Jürgen Habermas, formados na tradição hegeliano-marxista, para quem (a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, (b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definido a ponto de não ser mais do que uma simples palavra, (c) só a razão comunicativa possibilita ‘acordos sem constrangimentos’ em condições de se irradiar para toda a sociedade, e (d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoadas pelos *liberais*, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, enfatizada pelos *comunitaristas*, estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra” (FARIA, 2004, p. xix).

diatamente vinculada à ideia de construção da democracia (CITTADINO, 2004, p. 76-77).

A representação política, conforme Campilongo (2000a), está em crise. A divisão do trabalho, idealizada com a democracia liberal, associada à crescente diferenciação social, pensou-se, possibilitaria um sistema especializado na tomada de decisões coletivas. Essa atribuição seria própria do sistema político, incumbindo às instituições representativas, em nome da sociedade, decidir sobre o futuro. Imaginou-se a partir das intervenções do sistema político, “*formatar a economia, o direito, a educação, a saúde, enfim, o mundo*”. Havia a confiança, sobretudo “*na calculabilidade, previsibilidade e racionalidade das decisões políticas*” (CAMPILONGO, 2000a, p. 73).

Apesar de o sistema político desempenhar, hoje, uma função específica, as demais expectativas criadas no plano da sociedade redundaram em eloquente fracasso, notadamente pela infactibilidade de se decidir no presente como será o futuro. De fato, persiste uma “*ingênuo convicção na capacidade prestidigitadora do sistema político*”, determinante da crise da representação hodierna (CAMPILONGO, 2000a, p. 73).

Lembra Campilongo (2000a) que essa ambição totalizante do sistema político invariavelmente deságua em frustrações. Para os fracassos, encontram-se desculpas simplórias — “*políticos corruptos, eleitores ignorantes, planejamento deficiente, consequências não previstas*”, sem que se discutam politicamente os limites do sistema político. Esse déficit de representação leva a outra falácia, a eventual capacidade do mercado para decidir, substituindo os mecanismos de escolha coletiva. Nesse processo, em vão, sai a política e entra a economia, transferindo-se para o sistema econômico os malogros do sistema político (CAMPILONGO, 2000a, p. 74).

A representação política tem estruturas, funções e técnicas de atuação que não lhe permitem substituir ou suprir as deficiências e lacunas dos sistemas econômico e jurídico. A economia e o direito, por sua vez, operam em bases que não se confundem com as da política. É evidente a enorme relação entre os sistemas. Mas isso não significa que um determine o outro. Política, economia e direito podem trocar prestações, mas nunca atuam com lógica intercambiáveis. Dito de outro modo, os sistemas sociais particulares são funcionalmente isolados e, por isso, só podem ser autocontrolados e autoestimulados. Só a política pode reproduzir o sistema político<sup>38</sup>.

De efeito, a representação política, desconhecida dos povos antigos, no dizer de Campilongo (2000a), é uma característica e um sintoma da

---

<sup>38</sup> Anota Campilongo, que “quando o sistema político se confunde com os sistemas econômico e jurídico; quando há sobreposição de funções entre os sistemas; quando a diferenciação funcional encontra resistência em estruturas hierárquicas, o poder passa a ter donos — como diz RAIMUNDO FAORO



sociedade moderna. Com a modernidade, no plano jurídico estabeleceu-se a universalização do Direito, ao passo que no campo político afirmou-se a democratização da participação. “*Direito universal é direito posto por decisões. A participação democrática, por seu turno, é premissa para que as decisões coletivas sejam tomadas*”. Há nesse universo, todavia, “*um excesso de possibilidades de escolha, de alternativas para o direito a ser positivado e opções entre diferentes linhas políticas. Só com a modernidade essas condições estruturais foram oferecidas aos sistemas jurídico e político*” (CAMPILONGO, 2000a, p. 75).

“Escolher, selecionar ou optar – numa palavra: decidir” –, isso significa o mesmo que expor, nas condições da sociedade moderna, o direito e a política à contínua transformação, em vista da contingência do processo decisório. A instabilidade, nesse processo, não é defeito e nem vício da democracia moderna. Ao contrário, a abertura para novas alternativas, assim como as incertezas, é da essência da democracia. As instituições representativas são os veículos dessas variações e instabilidades, e, talvez por esse motivo, fala-se de crise da representação política, desde as origens da modernidade (CAMPILONGO, 2000a, p. 76).

Universalização do direito e democratização da política indicam uma importante interdependência entre os sistemas jurídico e político<sup>39</sup>,

---

— e a democracia transforma-se num lamentável mal-entendido – na crítica de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA. A democracia representativa só é realizável num contexto em que política, economia e direito são plenamente diferenciados. Quando as decisões políticas – exceção feita ao controle de constitucionalidade – são condicionadas, bloqueadas, ou inviabilizadas pelo poder econômico ou pelos tribunais, não existe representação política” (CAMPILONGO, 2000a, p. 74-75).

<sup>39</sup> Sobre o processo de produção do Direito pelo poder político, numa visão sistêmica, Calmon de Passos enumera: “O processo de produção do Direito pelo poder político democraticamente institucionalizado realiza-se mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, como primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material). b) A subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual). c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (normas de organização). Nesta perspectiva, distingue-se o *processo legislativo* de produção do Direito, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do jurídico, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acresceu o *processo administrativo* de produção do Direito. Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente política*, para determinação de um universo de *dever ser* formalizados em termos genéricos, a par de uma segunda redução de complexidade, de *natureza predominante, mas não exclusivamente técnica*, a partir daquela, para concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político-legislativo disciplina e conforma a primeira função; os processos político-administrativo e político-jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso com atendimento aos preceitos constitucionais” (PASSOS, 2003, p. 87).

notadamente porque na democracia representativa a lei deve ser a expressão da soberania popular. Assim, a representatividade condiciona-se às normas definidas pelo direito e vice-versa. O que caracteriza a modernidade, no entanto, como consequência dessa ampla interação dos sistemas, é a separação de funções entre o direito e a política. As instituições representativas, por isso, podem instituir o direito novo, todavia são compelidas a acatar os limites impostos pelo próprio direito. De igual sorte, os tribunais também podem decidir questões de cunho político inovador, mas no processo judicial são compelidos a observar as fronteiras fixadas pelo sistema político (CAMPILONGO, 2000a, p. 76).

Como visto os sistemas se intercomunicam funcionalmente, mas se submetem à observância dos limites de cada qual, fixados pela Constituição, sob pena de se inviabilizarem reciprocamente e comprometerem a própria democracia.

Nesse horizonte, para Campilongo (2000a), a modernidade trouxe as ideias de democracia representativa e de Constituição. A democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico, pois sem essa distinção não há democracia. Como regra isso significa que as decisões políticas não se submetem ao controle judicial, com exceção à constitucionalidade. De igual sorte, as decisões dos tribunais independem do aplauso das assembleias ou da aceitação das praças. Nesse viés adverte para o que se denomina perigo da “juridificação da política” ou da “politização da justiça” (CAMPILONGO, 2000a, p. 82).

O problema apenas residiria quando os papéis se invertem e os juízes tentam assumir a condição de representantes do povo, ou os políticos, a pretexto de submeter o Judiciário à lógica do consenso popular procuram amordaçá-lo, criando entraves que não possibilitam o funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. A Constituição, bem de ver, é o engenho pensado para impedir a politização do direito e proteger a representação das intromissões do Judiciário. É a Constituição que equaliza um sistema em relação ao outro e que delimita o território funcional de cada qual (CAMPILONGO, 2000a, p. 76-77).

O alargamento que se deu à atividade do Estado, segundo Calmon de Passos, não importou em alteração substancial da função de julgar, ainda voltada e exclusivamente para a solução dos micros conflitos. Esse universo apenas se enriqueceu com os novos conflitos “entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, também estes limitados, agora, pela lei, por conseguinte suscetíveis de serem questionados perante os órgãos da função jurisdicional” (PASSOS, 2003, p. 90).

Não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepôs, porque também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e sujeita-se à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente. Nem lhe foram atribuídas funções políticas, inaceitáveis sem a legitimação específica constitucionalmente reclamada para isso. Nenhuma limitação, por conseguinte, em termos de definição política, sofreu a função legislativa, que permanece como a única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada, só modificável pelo processo político, jamais por outra via. Novidade foi sua atribuição, com maior ênfase, a agentes executivos e judiciários, em dimensão diversa da anterior e com alcance diferenciado. (PASSOS, 2003, p. 90)

Os agentes políticos e o processo político, consoante Calmon de Passos (2003), permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, assim como o processo administrativo e judicial, precisam de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas. Nenhuma das três funções — legislativa, administrativa e judicial —, no entanto, é livre e soberana para sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático — a vontade popular, exercida através do processo político constitucionalmente instituído (PASSOS, 2003, p. 91).

Em palavras mais simples – só é Estado de Direito Democrático aquele em que todo e qualquer detentor de poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando faltar a esse dever. Outrossim, só é Estado de Direito Democrático aquele em que as entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, com vistas à atuação tanto quanto possível harmônica, sem prejuízo de sua autonomia (ausência de vínculos hierárquicos) nunca independência (ausência de responsabilidade), o que também vale para o Judiciário, não apenas para o Legislativo e para o Executivo. Donde ser negação do Estado de Direito Democrático toda organização da função jurisdicional que se mostre em desacordo com essas exigências fundamentais. (PASSOS, 2003, p. 92)

Nesse passo, é fundamental ponderar que sem autonomia funcional a representação política e o direito perdem sua capacidade de assegurar procedimentos decisórios que mantenham abertas e crescentes as probabi-

lidades de escolha, variação e construção de alternativas. A representação política, por evidente, não pode tudo e muito menos é capaz de transformar os grandes ideais em realidade. Sem ela, no entanto, perde-se uma peça basilar para a sustentação da democracia (CAMPILONGO, 2000a, p. 77).

## 4.2 O significado da interpretação e o papel dos juízes na criação do direito

O problema da criação do Direito<sup>40</sup>, enquanto fenômeno histórico-social, segundo Wolkmer (2000), leva a duas expressões técnico-formais que dão plena efetividade ao Direito positivo, que são a lei e a jurisprudência. Em torno dessas duas principais fontes jurídicas<sup>41</sup> sobressaem duas orientações doutrinárias extremamente significativas: a chamada *Escola Clássica*, ligada à tradição jurídica latino-românica que identifica o Direito com a lei escrita — o *jus scriptum*; e a representada pela cultura jurídica da *Common Law*, cunhada como *Escola Jurisprudencial* (WOLKMER, 2000, p. 173)<sup>42</sup>.

O legalismo formalista evidentemente ignora a importância das decisões judiciais como fonte do direito e desconsidera o fato de que a lei não contém todo o Direito. Conforme salienta Wolkmer (2000), ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei, porquanto ele exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica (WOLKMER, 2000, p. 174).

No tocante à jurisprudência, é consabido que a uniformidade e constância das decisões, assim como o repertório de julgados análogos dos tribunais, são importantes instrumentalizações do direito positivo no domínio das relações sociais de um modo de produção vigente. A força

<sup>40</sup> Sobre o tema o poder criador do juiz, ver: AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>41</sup> Lembra o autor que evidentemente a lei e a jurisprudência não são as únicas fontes do Direito, pois são também fontes o costume, a doutrina, a equidade e os princípios gerais de Direito.

<sup>42</sup> Observa Wolkmer, relativamente à *Escola Clássica*, que a “lei é a verdadeira fonte formal do Direito; é sempre criada pelo legislador e entregue à sociedade para ser usada, mesmo que para isso se exclua a presença de julgador, pois a este competirá, no máximo, a aplicação mecânica da lei. O juiz, vinculado ao princípio da fidelidade à lei, concretiza, de caso para caso, as soluções gerais previstas por ela, assim como confronta o conflito materializado com a forma configurada de conflito ‘idealizado’ ou ‘racionalizado’ pelo legislador ao criar a norma legal. A Escola Clássica nega sistematicamente a força do fenômeno jurisprudencial como uma das fontes essenciais do Direito, bem como o poder criador dos juízes, pois estes são meras ‘bocas que pronunciam as palavras da lei’”. Para a *Escola Jurisprudencial*, “o Direito não se confunde com a lei escrita, pois é sempre criado pelos juízes, nos tribunais, com material embasado nos precedentes judiciais, na *equity*, nos costumes, na doutrina e no *statue law*. Portanto, para a tradição jurídica anglo-saxônica é notória não só a existência e o papel da jurisprudência enquanto fonte do Direito, como também a relevância da função criadora do juiz” (p. 173).

criadora da jurisprudência tem se revelado importante mesmo nos países de tradição no direito escrito (*Civil Law*), onde os denominados “precedentes judiciais” mais e mais têm sido invocados por advogados e juízes (WOLKMER, 2000, p. 175-176)<sup>43</sup>. Essa acepção é irrefutável pelo menos em relação à sumula vinculante e aos temas jurídicos aprovados pelos Tribunais superiores (erigidos em sede de Repercussão Geral e de Recursos Repetitivos), dado o seu caráter normativo e hierarquizante (cogente).

O ponto fundamental de gravação de toda a criação judicial, seja nos parâmetros da *Common Law*, seja nos sistemas jurídicos de direito codificado, advém da resolução de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, mesmo porque a criação judicial enunciada por decisões dos juízes nos tribunais representa a fonte autêntica do direito objetivado (WOLKMER, 2000, p. 176)<sup>44</sup>.

Neste sentido, a doutrina clássica da Separação dos Poderes, consagrada pelo liberalismo político, tende a balizar a tarefa do juiz, reduzindo-o a um mero aplicador das regras do sistema jurídico dominante e restringindo a função jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma “simples máquina de silogismos”. Nesta linha de entendimento, os legalistas clássicos não consideram o exercício jurisdicional como um terceiro poder essencial do Estado, negando-lhe o tratamento que é dispensado aos outros dois órgãos vinculados à categoria de ativamente políticos (Legislativo e Executivo) e que dispõem de função reguladora e criadora. O Judiciário, de seu turno, como poder não-político, é relegado à simples função de execução e aplicação dos ditames dos poderes políticos. Nessa esteira, a criação do Direito é atributo exclusivo do Legislativo, estando o juiz inteiramente submetido a esses parâmetros, de modo a transformar a independência jurisdicional numa mera ficção (WOLKMER, 2000, p. 176-177).

O juiz, na verdade, tem um papel bem maior do que lhe é atribuído falsamente pelo legalismo, já que o monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do direito, é falacioso. O juiz, em verdade, é independente na atividade jurisdicional, e como tal, pode estabelecer as normas e as regras de aplicação necessárias, uma vez que, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade e nem tampouco a lei será considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos. A lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do direito. Havendo antinomia entre lei e os princípios fundamentais da

---

<sup>43</sup> Sobre o assunto, ver também: CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2, p. 118.

<sup>44</sup> Ver também: TOBENÑAS, José Castán. *La formulación judicial del derecho*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 25 e 295.

ordem jurídica, o resguardo e a manutenção destes princípios incumbem ao juiz e não ao Poder Legislativo (WOLKMER, 2000, p. 177-178).

Neste tocante, vale a advertência de Alexy (2001) de que a lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, se antes era possível asseverar que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, hoje é apropriado concluir que as leis devem estar em consonância com os direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Para Marinoni (2005), o princípio da legalidade, com a assunção do Estado constitucional, exige que a ele se dê uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era *formal*, atualmente ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Essa conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão (MARINONI, 2005, p. 25 e 51).

Essa compreensão crítica, consoante Marinoni (2005), já é uma tarefa de concretização, uma vez que “*a lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto*” (MARINONI, 2005, p. 26).

Comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, o jurista não deve mais apenas *revelar* as palavras da lei, mas sim *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só restará ao jurista demonstrar a inconstitucionalidade da lei, ou — ainda de forma figurativa — descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem adequada (MARINONI, 2005, p. 26).

Por outro lado, não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, para Marinoni, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Nesse viés, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica. Essa tomada de consciência, para Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2003, p. 29), é muito importante para concluir que tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema, “*não dando alternativa ao juiz e ao jurista senão colocar a lei na*

---

<sup>45</sup> Sobre o tema, ver: ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001; WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34; MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.



*sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis*" (MARINONI, 2005, p. 26).

A função jurisdicional, conforme salienta Wolkmer (2000), transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade do legislador, porquanto como poder criador, o juiz não constitui um simples técnico que mecanicamente aplica o direito em face de litígios reais. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. O magistrado, por conseguinte, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado. Sua tarefa versa na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa.

Consequentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só a validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente parte do Direito estatal na medida em que são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo. (WOLKMER, 2000, p. 179-180)<sup>46</sup>

Há evidentemente preocupação em definir critérios-limite de natureza ético-jurídica para demarcar a ação jurisdicional e os poderes do juiz. O limite, por certo, é o razoável. Há o risco de que poderes ilimitados possam gerar um governo dos magistrados ou a ditadura do Judiciário. Sobre o assunto, Benjamin Cardozo (1978), representante do realismo da tradição jurídico-burguesa norte-americana, observa:

As excentricidades dos Juizes se equilibram. Um Juiz considera os problemas do ponto de vista da história, outro da filosofia, outro ainda da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem

---

<sup>46</sup> Do mesmo autor; ver sobre o tema: WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 67.

medo de mudanças, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, atinge-se a um grau de constância e de uniformidade [...]. O Juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. [...] Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. (CARDOZO, 1978, p. 128, 134 e 157)<sup>47</sup>

Hoje é desprezível a doutrina que considera o processo mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material, como adverte Dinamarco (2009, p. 61). Exorta, no entanto, que ele é técnica sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. E acrescenta:

Existem ainda outros compromissos do juiz moderno, entrelaçados com os demais objetivos de sua própria função. Ele deve ter consciência das *destinações políticas e culturais* do sistema que opera, para que o exercício da jurisdição possa dar efetividade a certos valores relevantes para a sociedade como um todo – valores que se expressam nos chamados *escopos do processo*. O escopo social de *educação* para o exercício de direitos próprios e respeito aos direitos alheios aconselha o juiz a dispensar a tutela jurisdicional com a possível celeridade; o escopo político de preservação da *moralidade administrativa* há de estar presente na condução das ações populares; de um modo geral, o escopo também político de dar *efetividade* aos valores acatados pelo direito objetivo recomenda plena participação do juiz nos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com os litigantes, dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição etc.<sup>48</sup>

O tema, pelo visto tem importantes inflexões tanto pela teoria política quanto pela teoria jurídica, de modo a instigar o corpo de magistrados

<sup>47</sup> Sobre o tema, ver também: WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 180-181

<sup>48</sup> O autor, em sintonia com o tema ora proposto, observa: Existe hoje a legítima tendência a atribuir poder de *'criação'* ao juiz, mas isso não interfere na questão em exame. *"A invenção* de soluções novas, compatíveis com a realidade socioeconômica e política do caso em julgamento, é consequência da interpretação sociológica ou teleológica da lei e não erige o juiz em legislador ou criador do direito. O juiz que vai aos princípios gerais e constitucionais ou considera as grandes premissas éticas da sociedade ao julgar, cumpre apenas um tradicional mandamento da própria ordem jurídica (*os fins sociais da lei*, art. 5º LICC) e comporta-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos concretos que julga. Não fora assim, a jurisprudência jamais evoluiria

e a sociedade política para um debate permanente sobre os limites da atividade jurisdicional, para a preservação dos valores constitucionais e da democracia, no Estado democrático de direito.

## Considerações finais

A modernidade trouxe as ideias de democracia representativa e de Constituição. A democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico, pois sem essa distinção não há democracia. Como regra isso significa que as decisões políticas não se submetem ao controle judicial, com exceção à constitucionalidade. De igual sorte, as decisões dos tribunais independem do aplauso das assembleias ou da aceitação das praças. Nesse viés, há o risco da “juridificação da política” ou da “politização da justiça” (CAMPILONGO, 2000a, p. 82).

O problema apenas residiria, entretanto, quando os papéis se invertem e os juízes tentam assumir a condição de representantes do povo, ou os políticos, a pretexto de submeter o Judiciário à lógica do consenso popular, procuram amordaçá-lo, criando entraves que não possibilitam o funcionamento tanto do sistema jurídico quanto do sistema político. A Constituição, bem de ver, é o engenho pensado para impedir a politização do direito e proteger a representação das intromissões do Judiciário. É a Constituição que equaliza um sistema em relação ao outro e que delimita o território funcional de cada qual.

Os agentes políticos e o processo político, consoante Calmon de Passos, permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental. Os agentes administrativos e jurisdicionais, assim como o processo administrativo e judicial, precisam de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas. Nenhuma das três funções — legislativa, administrativa e judicial —, no entanto, é livre e soberana para sobrepor-se à única soberania reconhecível num sistema democrático — a vontade popular, exercida através do processo político constitucionalmente instituído (PASSOS, 2003, p. 91).

Sob outro aspecto, o dever fundamental do juiz, de fato, é realizar a justiça. Para tanto deve afastar-se dos legalismos estéreis que cerceiem sua liberdade de criar na sentença o Direito para o caso concreto; de con-

---

segundo as tendências da sociedade e de acordo com os cambiantes problemas enfrentados por esta. Do ponto de vista jurídico, todavia, inexistente *criação* em casos assim, justamente porque o juiz não retira da sua vontade ou preferências pessoais a norma substancial que servirá de base para julgar o caso: simplesmente, dá efetividade aos princípios gerais do direito, à analogia *etc.*, que são fontes formais do direito expressamente indicadas na própria ordem jurídica positiva (LICC, art. 4º)” (p. 62).



ferir o caráter injuntivo que lhe permite impender, na sentença, seu papel institucional de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais que a sociedade pretende preservar (ABREU, 2011, p. 311).

Consoante Luiz Fernando Coelho (COELHO, 1992, p. 18)<sup>49</sup>, a resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, o segmento da sociedade que, em razão de conquistas que logrou após muita luta e arrostando muita incompreensão, “*transformou-se não somente no derradeiro refúgio das reivindicações sociais, mas no único setor realmente aparelhado para resistir aos desmandos e às tentativas autoritárias*”.

Anatóle France, Prêmio Nobel de Literatura de 1921, em texto sobre o tema “A Lei é Morta o Juiz é Vivo”, pugna por trazer a Justiça para o social, ultrapassando as condições limitadoras de seu momento de produção, quando proverbializa: “*Enquanto a sociedade for fundada na injustiça, as leis terão por função defender e sustentar a injustiça*”.

E France faz um chamamento ao juiz vivo para se posicionar ativamente em face da lei morta. Diz ele literalmente:

A bem dizer, eu não teria muito receio das más leis, se elas fossem aplicadas por bons juízes. Dizem que a lei é inflexível. Não creio. Não há texto que não se deixe solicitar. A lei é morta. O magistrado é vivo; é uma grande vantagem que leva sobre ela. Infelizmente não faz uso disso com frequência. Via de regra, faz-se mais morto, mais frio, mais insensível do que o próprio texto que aplica. Não é humano: é implacável. O espírito de casta sufoca nele toda a simpatia humana. E vejam que só estou falando dos magistrados honestos<sup>50</sup>.

Daí crescer em muito a responsabilidade do juiz perante a sociedade e a cidadania, como efetivo agente político e responsável por uma parcela significativa do poder estatal, no exercício legítimo de seu papel de garantidor da Constituição e da ordem constitucional, a serviço do Estado democrático de direito.

---

<sup>49</sup> Sobre o assunto, ver também: WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181.

<sup>50</sup> SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. “Os íntegros Juízes ou Desafios à Magistratura”. “Jornal Estado de Direito”. In: <<http://www.estadodedireito.com.br/2013/08/06/os-integros-juizes-ou-desafios-a-magistratura>>. Acesso em 19/07/2014.

## Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, 570 p.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Processo**: Desafios Políticos do Sistema de Justiça na Cena Contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, 282 p.

AKEL, Hamilton Elliot. **O poder judicial e a criação da norma individual**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetivação de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIELSA, Rafael A. **Transformación del derecho en justicia**: Ideas para una reforma pendiente. Buenos Aires: 1993.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2000a, 195 p.

\_\_\_\_\_. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000b.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris-9, 1978.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. 2.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. “Do Direito Alternativo”. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Acadêmica, n. 1, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. I.

DROMI, Roberto. **El Poder Judicial**. Mendoza: 1984.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política”. In:  
VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.

FARIA, José Eduardo. “Prefácio”. In: CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux Etats-Unis**. Paris: Giard, 1921.

LEMOINE, Yves. **Le Complot des Juges**. Paris: Félin, 1993.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

\_\_\_\_\_. “The Judicialization of Politics”. In: **International Political Science Review**. Londres, v. 15, n. 2, abr. de 1994.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, 202 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Contemporâneo”. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-66.



PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder**: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 262 p.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. "Os íntegros Juízes ou Desafios à Magistratura". "Jornal Estado de Direito". In: <a href="http://www.estadodedireito.com.br/2013/08/06/os-integros-juizes-ou-desafios-a-magistratura">http://www.estadodedireito.com.br/2013/08/06/os-integros-juizes-ou-desafios-a-magistratura</a>. Acesso em 19/07/2014.

TOBEÑAS, José Castán. **La formulación judicial del derecho**. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954.

VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The Global Expansion of Judicial Power**: The Judicialization of Politics. Nova York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, 334 p.

\_\_\_\_\_. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, 559 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 229 p.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



# Justiça no Direito: princípio da eficiência econômico-social para a tomada de decisão normativo-judicial

*Everton das Neves Gonçalves  
Joana Stelzer*

## Introdução<sup>51</sup>

A vida e pensamento humano descortinam-se em meio às circunstâncias políticas, jurídicas e econômicas que caracterizam o meio social em dado momento da história. Destarte, entende-se que a política almeja a liberdade da cidadania; enquanto a economia, vislumbra a derradeira fraternidade no uso dos escassos recursos e, finalmente, a justiça tem por meta o tratamento igualitário dos jurisdicionados, lembrando-se as

---

<sup>51</sup> Adaptação do artigo originalmente publicado em GONCALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In *Sequência* (Florianópolis) [online]. 2014, n. 68, p. 261-290. ISSN 2177-7055. <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>>. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100012&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100012&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 20/09/2022.

aspirações revolucionárias da França de 1789. O Direito, visto de forma multi-interdisciplinar pela Ciência Econômica, vislumbra efetividade e eficácia, especialmente, se relevadas, no cálculo econométrico próprio da eficiente tomada de decisão normativo-jurídica, variáveis inafastáveis para a necessária inclusão social e atendimento dos anseios dos jurisdicionados.

Este artigo identifica os Princípios da Eficiência Econômico-Social (PEES)<sup>52</sup> e do Mínimo Ético Legal (MEL). Justifica-se, delimitando, como categoria teórica, distinta possibilidade de interação econômico-jurídica inovadora e socialmente inclusora; progressista e capacitada para a realização dos Direitos individuais e sociais de forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada, sem perder de vista os dilemas da vida, especialmente, humana, em meio aos contextos econômicos, políticos e jurídicos. Enquanto o Direito busca dado critério de justiça, a Ciência Econômica se ocupa do dilema da escassez e da necessidade de eficiência no uso dos recursos produtivos. Justiça e

---

<sup>52</sup> Em 1993, iniciávamos nossa carreira de Professor Universitário no Curso de Graduação em Direito da então Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG); ato contínuo, em 1994, entabulamos estudos sobre Análise Econômica do Direito, seja no Curso de Especialização sobre Comércio Exterior e Integração Econômica no Mercosul daquela IES; seja no início de nosso Doutorado pela Universidade de Buenos Aires, na Argentina. Também, em 1994, tivemos o primeiro contato com a obra denominada *Interpretação Econômica do Direito* (1994) de autoria da Saudosa e Festejada Professora do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Guiomar Terezinha Estrela Faria. Desenvolvemos, então, os estudos sobre Direito e Economia durante o Mestrado em Direito, iniciado em março de 1995 e realizado no, então, Centro de Pós-Graduação em Direito (CPGD) da nossa Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) até a defesa de Dissertação de Mestrado intitulada *A TEORIA DE POSNER E SUA APLICABILIDADE À ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988* (1997) em 12/09/1997. A partir daí, escrevemos duas Teses de Doutorado defendidas; a primeira, defendida no Curso de doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 03/09/2001, intitulada *A TOMADA DE DECISÕES TÉCNICO-LEGAIS PARA O MERCOSUL: UMA APRECIÇÃO DO DUMPING SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO*; e a segunda, apresentada no Curso de Doutorado em Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA/Bs. As.), em 29/04/2004, denominada *PARADIGMA DE UN ÓRDEN ECONÓMICO COMUNITARIO PARA BRASIL Y ARGENTINA: PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS EN LA PERSPECTIVA GLOBALIZANTE DEL MERCOSUR*. Restaram inscritos pois, na Academia, os alicerces para a consagração do PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL (PEES) que passaria a nortear nossa percepção de mundo para um Direito e Economia inclusor, progressista e próprio para a hermenêutica jurídico-econômica em busca do necessário desenvolvimento de nações; porém, ocupado da justiça socioeconômica sustentável e capaz de otimizar escassos recursos relevando-se, em primeiro plano, a felicidade do homem. A ideia do PEES, inicialmente intuída, já nos anos de Mestrado no CPGD da Federal de Santa Catarina vem sendo desenvolvida, estudada e implementada nestes últimos quase trinta anos de docência; mormente, com o apoio “daquela que se tornou o nosso amor de mestrado”; a então mestranda, de 1996 e, hoje, nossa companheira e Professora da UFSC, Joana Stelzer, que divide a autoria do presente texto que ora se apresenta. O texto, ressalte-se, tem sido objeto de diversas publicações, mas, o entendemos consagrado à nossa UFSC, ao nosso PPGD, especialmente, por sua publicação na Revista *Seqüência* (2014). Dessa forma reverenciamos a “Casa de Warat”, celebramos os cinquenta anos do nosso PPGD ao qual, inclusive, acabamos por servir; também, como Subcoordenador no período de 19/08/2015 a 01/04/2017 o que muito nos honrou. O PEES juntamente com o Princípio do Mínimo Ético Legal (MEL) e o Princípio da Autodestruição Renovadora Eficiente-Econômico-Social (ADREECOS) são categorias que defendemos na Academia e que entendemos como nossa humilde contribuição para celebrar esses cinquenta anos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente, mormente, segundo a “visão determinista” de Karl Marx (1982, p. 10); a “ação concatenada” de Rudolph Stammler (1929, p. 138) ou, ainda, a interação simbiótica entre o Direito — verdade formal e o fenômeno econômico — verdade real. Objetiva-se, então, a assunção do PEES, como opção de política jurídica, próprio tanto para a elaboração quanto para aplicação da norma como para sua possível análise judicial. Se, sob o enfoque sociológico, Max Weber (1964, p. 652/653) esclarece que a “lógica jurídica puramente profissional” e o Direito abstrato e distante do fenômeno social contrariam as expectativas sociais, pois estas são “orientadas de acordo com o sentido econômico ou prático-utilitário de uma norma jurídica”, entende-se que, em meio às escolhas políticas próprias dos sistemas econômicos constitucionalmente adotados, é imperativo o Direito que zele pelos interesses e prerrogativas tanto dos incluídos como dos socialmente excluídos; sendo, a justiça, o *locus* para a tomada de decisão pragmática e eficiente, garantindo para a pluralidade das sociedades presentes e futuras a conservação de suas prerrogativas.

A aproximação entre Direito e Economia pode ser vista sob o enfoque do Direito Econômico e das Escolas<sup>53</sup> da Análise Econômica do Direito (AEDI), segundo visão tradicional da Escola de Chicago – *Law and Economics* (LaE)<sup>54</sup>, o enfoque Neoinstitucional ou vertente dos *Property Rights*<sup>55</sup>, o enfoque chamado de Eleição Pública – *Public Choice*<sup>56</sup> e, ainda, pelos conhecidos Estudos da Crítica Jurídica – ECJ<sup>57</sup>. Com visão econômico-jurídica, ainda, são destacados autores como Ronald Coase<sup>58</sup>, Guido

<sup>53</sup> Andrés Roemer (1994, p. 4) analisa quatro enfoques da disciplina em questão: o tradicional – de Posner, o Neoinstitucional, o da *Public Choice* e os Estudos da Crítica Jurídica. Consagrou-se a expressão *Law and Economics* para designar o enfoque tradicional da Escola de Chicago também conhecido como Institucionalista.

<sup>54</sup> Como subsídio bibliográfico ver: COOTER (1988); HIRSCH (1988); POSNER, (1977); SHAVELL (1987) e POLINSKY (1985).

<sup>55</sup> A respeito do enfoque neoinstitucional da LaE, podem ser verificadas as obras de MERCURO (1989); FURUBOTN e PEJOVICH (1974); WILLIAMSON (1989).

<sup>56</sup> Consulte-se FARBER e FRICKLEY (1987); TULLOCK (1965; 1991); MUELLER (1979); DOWNS (1957); BLACK (1958); STIGLER (1971); BUCHANAN (1993).

<sup>57</sup> Para apreciação histórica do movimento ECJ ver SCHELEGAL (1984, p. 391-411) e SCHWARTZ (1984, p. 413-455); ALTMAN (1993); bem como, MANGABEIRA (1983).

<sup>58</sup> Ronald Coase, economista, foi professor de Richard A. Posner, no final dos anos cinquenta. Na *Virginia University*, escreveu divorciando-se das teorias de A. C. Pigou, defendendo a necessária e eficiente reparação do custo social — externalidades, não segundo quem o causou, de forma apriorística, porém, segundo quem melhores — eficientes — condições tivesse para arcar com o ônus da internalização, no cálculo econométrico, principalmente, das chamadas externalidades negativas. Defendeu, como principal axioma, que quando os custos de transação estão zerados, é indiferente a adjudicação de direitos. Para maiores informações, ler *in* COASE (1960).

Calabresi<sup>59</sup>, Guido Alpa<sup>60</sup>. Apresentam-se, assim, os seguintes tópicos: 5.1 – A Análise Econômica do Direito e 5.2 – Os Princípios da Eficiência Econômico-Social (PEES) e do Mínimo Ético Legal (MEL) para, por fim, verificarem-se as Considerações finais.

## 5.1 A análise econômica do direito

A Ciência Econômica oferece para o Direito o necessário instrumental metodológico delimitador e orientador das políticas públicas e da tomada de decisão privada; competindo, ao Direito, estipular o justo privado sem descuidar do custo social. Nos Estados Unidos da América (EUA), dos anos sessenta, o ambiente social e ideológico passou a ser favorável à volta do liberalismo político-econômico-jurídico, agora, conhecido como neoliberalismo<sup>61</sup>. Para além do movimento acadêmico-economicista, mormente, em Chicago e Yale, verificou-se a ascensão de Ronald Reagan, no governo norte-americano e de Margaret Thatcher, no Reino Unido, dentre outros, que implementaram mudanças radicais de cunho neoliberal, minimalistas de Estado e flexibilizadoras das relações de produção.

Dentre as opções apresentadas para o entendimento do Direito, uma, determinou-se em reação tida como de caráter construcionista e de resposta ao Realismo Jurídico norte-americano<sup>62</sup>, em tentativa de volta às *stare decisis* e à instalação de novo linguajar que convencesse e justificasse a práxis econômica e seu discurso. Ocorreu, dessa forma, espécie de transição entre o velho Direito Econômico e o novo Direito e Economia<sup>63</sup>. Enquanto

---

<sup>59</sup>Guido Calabresi foi professor de Yale e trabalhou a questão da distribuição dos riscos através do *Torts Law*, reconhecendo a reciprocidade de interesses quando da solução do problema das externalidades negativas geradas pela ação danosa que deveriam ser adjudicadas, pelo direito de indenização, segundo critérios de eficiência. Ver sua principal contribuição in CALABRESI (1961, p. 499 e 1984).

<sup>60</sup>Guido Alpa escreveu, destacando-se: ALPA (1982, 1979, 1981) e PULITINI, RODOTÀ e ROMANI (1982).

<sup>61</sup>Friedrich Von Hayek (2009, p. 279 e 280) já havia, em 1944, escrito a obra que defenderia incondicionalmente, a *liberdade e a responsabilidade pessoal*; tratava-se do Caminho para a Servidão (1944).

<sup>62</sup>Três tipos de oposição ao realismo jurídico norte-americano foram tomados, a saber: a posição desconstrutivista do sistema vigente, a posição dos propugnadores da codificação do Direito e a dos construtivistas, que originou a Escola do Processo Legal de tendência convencionalista na qual se utilizam as práticas da elaboração racional de decisões que combina tanto a principiologia – base do formalismo, como a *policy* – prática de interpretação jurídica e adoção de *statutory law*. Neste mesmo sentido, ver in Horwitz (1980, p. 905-912), como, também, conforme visto in Pacheco (1994, p. 204).

<sup>63</sup>Ao abordar o, então, novo discurso de Ronald H. Coase, Bruce Ackerman refere à continuidade entre o velho Direito Econômico e a nova “Análise Econômica do Direito” explicitando: Somente com o novo “análisis económico del Derecho”, o movimento se converte em verdadeiro caminho para a ortodoxia realista porque, então, é quando se faz evidente que o realismo está sendo posto em dúvida não só aqui e ali, senão em quase todas as partes por juristas que se nutrem de um fundo comum de ideias construtivas. O todo cultural se está fazendo maior que a soma de suas partes. Quando se soma ao

o velho Direito Econômico cuidava das legislações Antitruste, de política fiscal e outras de caráter macroeconômico, o novo Direito e Economia (AE-DI)<sup>64</sup> tratou de aplicar as premissas básicas da Microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou ligados às políticas econômicas. Passou, então, a LaE, a ser aplicada na análise dos campos diversos da *Common Law* tais como: os inerentes aos *Property Rights*, ao *Law of Torts* e ao *Contract Law*, além, é claro, dos demais ramos do Direito norte-americano. Richard A. Posner (1977, p. 15/16)<sup>65</sup> foi um dos pioneiros, nessa prática, ao empregar a Teoria Econômica em ramos como o Direito de Família, o Direito de Propriedade, o Direito Contratual, o Direito de Reparação de Ilícitos Cíveis, o Direito Penal e o Direito Constitucional, dentre outros. A AEDI, antes de tudo, é opção de critério de justiça que, ao invés de ser aleatório e político, assume sua origem dentro do próprio Sistema Econômico Capitalista de Mercado. Nos anos sessenta, autores norte-americanos apropriaram-se das máximas da Teoria Econômica e aplicaram-na ao discurso jurídico. Ronald H. Coase, em 1960, publicou seu trabalho *The Problem of Social Cost* e Guido Calabresi, no ano seguinte, apresentou *Some Thoughts on Risk Distribution and the Laws of Torts*; esses foram os primeiros passos de um novo entendimento para o Direito. Passados 62 anos, o famoso Teorema de Coase<sup>66</sup>, enaltecido por George Joseph Stigler (1987), ainda

---

novo o velho “análisis económico del Derecho”, o resultado não é dois discursos legais especializados e sim um discurso jurídico geral” (em espanhol no original). Ver in Ackerman (1988, p. 85).

<sup>64</sup> Em ponto de vista amplo, AEDI refere a toda a tendência crítica do realismo jurídico americano que tenha, em sua fundamentação doutrinária, a utilização da Teoria Econômica para a análise do Direito. Por outro lado, em visão *stricto sensu*, a LaE, deve ser entendida como a parte do referido movimento crítico que foi idealizado por Richard A. Posner. A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica como quando de sua apreciação nos *tribunais*.

<sup>65</sup> Richard A. Posner foi Juiz da 7<sup>a</sup> Corte de Apelação dos EUA, em Chicago, Illinois, onde, também exerceu as funções de professor – *Senior Lecturer* – na Universidade de Chicago. Estudioso do Direito, o Professor Posner, em decorrência de suas pesquisas e da prática judicial elaborou, no final da década de sessenta, trabalhos de pesquisa no campo da interdisciplinaridade entre o Direito e a Ciência Econômica. Para o autor, ficou evidente que a Teoria Econômica é chave crucial de entendimento da atitude social do homem e, assim sendo, deve ser utilizada como parâmetro na descoberta do justo, segundo necessidades deste próprio ser social. Em 1973, Posner publicou, pela primeira vez, sua obra *Economic Analysis of Law* em que afirmou não pretender, aproximação: sociológica, antropológica ou filosófica do Direito, mas, sim, econômica. A obra, ISBN 978-0-735-56354-4, em nona edição, em 2014, foi incrementada objetivando apresentar as diversas possibilidades de aplicação da Teoria Econômica aos mais variados campos da *Common Law*. O Professor Posner escreveu diversos trabalhos e livros que evidenciam o pensamento despretensioso deste grande jurista. Ver Posner (1977, p. 15 e 16).

<sup>66</sup> Segundo o Teorema de Coase, uma vez inexistentes os custos de transação, é indiferente que os direitos sejam determinados previamente, restando, sempre, a possibilidade de realocação dos mesmos segundo interesses dos particulares envolvidos. Resta, sim, papel de relevada importância, para o Direito, no caso de verificação de desvios de mercado – falhas de mercado – ou quando existirem altos custos de transação que impeçam as partes em conflito de transigirem; além do controle do



vige, na releitura que seu autor fez de Arthur Cecil Pigou<sup>67</sup> (1920). Agora, reestruturado o próprio pensamento de Posner<sup>68</sup> (2010), então, pragmático, defende-se que a AEDI pode ser utilizada na defesa de interesses tanto dos possuidores como dos que não possuem, dos incluídos como dos excluídos que se proponham a argumentar lógico-racionalmente segundo critério único e previamente conhecido de todos conforme ao PEES. Justamente, ponto crucial da AEDI é o fato desta espelhar critério preestabelecido, não aleatório em mercado-social. Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado-social, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de dialética social-econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL).

Segundo os ditames da AEDI, todo e qualquer ramo do Direito pode ser analisado sob suas premissas metodológicas. Acredita-se, pois, que o método analítico-interpretativo-constructivista da AEDI torna o 'Direito jurídico-persuasivo'<sup>69</sup> dentro de processo de análise custo/benefício

---

poder de polícia em relação ao comportamento social dos indivíduos. A princípio, deve ser ressaltado que não se está fazendo apologia do Estado mínimo e a não funcionalidade do Direito; muito pelo contrário, as instituições administrativo-jurídicas são necessárias em um mundo no qual o estado utópico de mercado de concorrência perfeita não existe. Sobre os custos de transação, ver in Coase (1960, p. 1-44).

<sup>67</sup> A economia liberal do Século XIX, repleta de crises sinalava com inegável necessidade de mudanças que ocorreram no Século XX, destacando-se, especialmente, no campo da política, a I Grande Guerra e, após os anos vinte, a ideia do Estado forte e interventor como regulador e fiscalizador da atividade econômica, em cujo ápice do intervencionismo estatal, se verificou o pensamento de John Maynard Keynes (2012); no campo da economia, o Crash da Bolsa de Nova Iorque e suas desastrosas consequências. Na academia, também, podem ser destacados os trabalhos de Arthur Cecil Pigou, professor de Keynes e inspirador de Coase a justificar a necessidade de se coibir o ganho privado em detrimento do custo social – externalidades, e que, assim, justificava-se a ação do Estado, sob qualquer custo, como propulsora da justa economia; ideia que vai ser contestada, posteriormente, pelo próprio e pelos adeptos de Ronald H. Coase, defendendo-se, então, a eficiência na internalização das externalidades.

<sup>68</sup> Autores como Richard A. Posner e outros da Escola de Chicago – G. Becker, H. Demsetz, F. H. Easterbrook, I. Erlich, M. Landes e G. Tullock têm a racionalidade econômica e a eficiência como valores últimos a serem perseguidos pelo Direito. Formam a corrente majoritária, conforme se vê in Pacheco (1994, p. 58-64) e in Torres López (1987, p. 71). No entanto, outros autores como Guido Calabresi, B. Ackerman, P. Bobbit, E. J. Mishan e A. M. Polinsky, participantes do setor minoritário da LaE dito *moderado* criticam Posner e identificam, além do caráter econômico do Direito, valores outros a serem considerados como os de justiça, lealdade e amor, bem como, as limitações da LaE como, *v.g.*, a distribuição equitativa dos recursos. A partir dos anos noventa, mesmo Posner passou a adotar posicionamento mais flexível, então, pragmático. Ver in Posner (2010).

<sup>69</sup> No mesmo sentido, ensina Juan Torres López: "A moderna Análise Econômica do Direito passará a contemplar as leis, não como fatos passados cujos efeitos vão ser avaliados, mas como sistema de incentivos que influirão decisivamente nas ações futuras" (em espanhol no original). Ver in Torres López (1987, p. 22).

esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente. Destarte, ao invés de exclusiva preocupação em reconstrução do *status quo ante*, o modelo jurídico-legal, segundo a AEDI, volta-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos. O Direito, portanto, além de controlador social, passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo/benefício. A interação entre a Ciência Econômica e o Direito é surpreendente enquanto seja; a Ciência Econômica, analítica por natureza, aplicando-se ao Direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa. Intenta-se, assim, eliminar a legislação e o julgamento político-volitivo e aleatório desatento aos anseios do contexto de mercado-social. Considerada a etapa capitalista, na evolução dos Sistemas Econômicos, o Direito racional, isto é, “direito calculável”<sup>70</sup> se fez e se faz necessário, para que a ‘exploração das diversas atividades econômicas’ possa ser desenvolvida dentro de perspectiva de segurança jurídica, que impeça as incertezas e instabilidades não permissivas da acumulação. O Estado<sup>71</sup>, com seu Direito, vem em socorro das necessidades dos sujeitos de direito econômico-sociais — como que propiciando, então, as condições mínimas para o desenvolvimento da atividade econômica e social como um todo. É o dito elemento ‘coercitivo’<sup>72</sup> que Weber refere estar sob domínio do Estado que garante a atividade econômica regulando-a e dirimindo seus conflitos.

Com relação ao entendimento conceitual dado à AEDI, podem ser carreadas as contribuições doutrinárias de Kuperberg e Beitz, Gary Minda, Santos Pastor e Pedro Mercado Pacheco. Para Kuperberg e Beitz (1983, p.

---

<sup>70</sup> Max Weber ensina que uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial, em uma economia capitalista, é o “Direito racional, isto é, direito calculável. Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas”. Ver in Weber (1968, p. 251).

<sup>71</sup> Justificando a existência do Estado, Vital Moreira ensina: “Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são afeitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades; reconhecida essa situação, é sobre o estado que vem impender a execução de papéis que até aí lhe estavam desfeitos. É o estado que vem reclamar-se de ‘principal responsável pelo curso da economia, instituindo todo um quadro institucional em que ele se move, controlando-o, dirigindo-o ou dedicando-se diretamente à produção econômica”. Ver in Moreira (1978, p. 55-56).

<sup>72</sup> Weber expressa: “[...] atrás de toda economia existe um elemento coercitivo atualmente, manejado pelo Estado e, em épocas passadas, amiúde, pelas corporações – e até mesmo uma economia socialista ou comunista dele necessita para pôr em prática suas ordenações; mas esta coerção, agora não é, precisamente, uma atuação econômica, e sim, tão somente, um meio para assegurá-la”. Ver in Weber (1968, p. 10).

21), a Análise Econômica do Direito é “a aplicação dos métodos econômicos de análise a problemas de interpretação jurídica”. Gary Minda, (in MERCURO, 1989. p. 121) a sua vez, entende tratar-se de “nova metodologia” para impulsionar a análise econômica do Direito, sendo que, o novo, no Direito e Economia refere-se à aplicação, por parte de seus participantes, de conceitos desenvolvidos pela Teoria Microeconômica e por um de seus ramos denominado ‘economia do bem-estar’, com fim de descrever, reformular e criticar sistematicamente quase todos os aspectos relacionados com o Direito e o Sistema Jurídico. Santos Pastor (1989, p. 31) manifesta a respeito afirmando que a Análise Econômica do Direito é “[...] disciplina que, essencialmente, consiste em aplicar princípios e técnicas habituais em análise econômica ao estudo de problemas característicos do ordenamento (sistema) jurídico”. Pedro Mercado Pacheco (1994. p. 27) ensina tratar-se da “[...] aplicação da Teoria Econômica na explicação do direito. Mais em concreto, é a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da Teoria Microeconômica neoclássica em geral e de um de seus ramos desenvolvido neste Século, a Economia do Bem-Estar, em particular, na explicação e valorização das instituições e realidades jurídicas”.

Como postulados maiores da doutrina *Law and Economics* defendem-se, os seguintes: I) Prevalece, como método, na aplicação da Economia ao Direito, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista; II) As leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas; e, III) O Paradigma jurídico deve voltar-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção e utilização da riqueza individual e social. Para fins de registro de base epistemológica, a específica abordagem do movimento economicista do Direito e, em especial, da LaE, conta com autores como: Ronald H. Coase (1960), Guido Calabresi (1961 e 1984) e Richard A. Posner (1977) que sustentam a teoria de base quanto à LaE, sobre a qual autores outros como Santos Pastor (1989), Carlos Otero Días (1966), Hugo Rangel Couto (1980), Juan Torres Lopes (1987), George Stigler (1987), Hans Bernd Schafer, Claus Ott (1991) e A. Mitchell Polinsky (1985), dentre tantos, podem contribuir para o entendimento do tema. De outra forma, ainda, são importantes as contribuições de Jeremy Bentham (1974) e seu utilitarismo, de Wilfredo Pareto (1984) e sua teoria de otimização da riqueza, de Kaldor (1939, p. 549-552) e Hicks (1939, p. 696-712) e seu critério de bem-estar e de William James (1979 e 1987) e seu pragmatismo como suporte teórico das premissas filosóficas da LaE. Além de fatores de influência teórico-filosóficos como o pragmatismo de William James, o utilitarismo de Jeremy Bentham e o egoísmo como método de ética que é, justifica-se, para a estruturação da doutrina própria da LaE, a teoria de

Max Weber em sua obra denominada “A ética protestante e o espírito do capitalismo” tratando a respeito do modo racional de pensar as relações sociais, verificando nexos entre crenças religiosas — salvação pela criação da riqueza; a coerência ética da existência — valorização individual do trabalho — e atividade econômica disciplinada<sup>73</sup>.

Consideradas as bases filosóficas para o pensar jurídico-econômico resta, como *desideratum* nas relações sociais, o ‘equilíbrio político-econômico-jurídico’. É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado e do Direito, das instâncias institucionalizadas para resolução de controvérsias e do próprio mercado. Defende-se, entretanto, que se pode distribuir renda e alocar recursos a partir de tomada de decisão racional consideradora do social, fato que o mercado, por si, é incapaz de fazer em função da impossibilidade de sua autorreprodução *ad infinitum*. Dessa forma, o Sistema Econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado, sob a égide do PEES, como forma de atenuação entre a planificação — em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor econômico — e a concorrência de mercado — que faz desaparecer as possibilidades de coexistência.

Como desiderato da aplicação econômico-jurídica aos fenômenos sociais, no Sistema Econômico Liberal Capitalista que importe em primazia do indivíduo, tem-se, conforme a AEDI, economia do bem-estar pela maximização dos resultados e decisões tomadas em todos os setores da economia de mercado — idealmente, em concorrência perfeita — eliminando-se as ‘deseconomias’ ou economias externas e igualando-se os custos sociais marginais às receitas sociais marginais. Do ponto de vista econômico, parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, aumenta-se a riqueza, o que, necessariamente, pode não levar à equidade e à distributividade, haja vista, a desigualdade<sup>74</sup> que também caracteriza a distribuição do aquinhoamento dos diversos fatores produtivos entre os sujeitos de direito. Necessário, portanto, é, ao aplicar métodos jurídico-econômicos, ampliar a riqueza, porém, sem descuidar da inclusão social como forma ideal de eliminação das externalidades tal qual defendido pelo PEES e segundo a ação Estatal conforme à garantia do MEL.

---

<sup>73</sup> Ver Weber (1994).

<sup>74</sup> Enquanto a Ciência Econômica parte do pressuposto da desigualdade, no Direito pode ser intuída a justiça que almeja a equidade. Observa-se, no entanto, que seja em estado de natureza, seja em sociedade e, mesmo que utopicamente igualadas as condições de todos os homens, restam, eles, diferenciados, após algum tempo. Não há conflito real ou é aparente o conflito entre Economia e Direito; já que, a primeira Ciência, busca a criação eficiente da riqueza; enquanto, à segunda, compete garantir a segurança jurídica e a equidade das relações que não foram previamente determinadas ou cujos custos de transação são inaceitáveis.

## 5.2 Os princípios da eficiência econômico-social (PEES) e do mínimo ético legal (MEL)

Conceitual e economicamente 'eficiência' deve ser vista a partir das ideias de Wilfredo Pareto (1984), de Nicholas Kaldor (1939, p 549-552) e de John Hicks (1939, p. 696-712). A doutrina econômica conhece o que se chama de melhoria de Pareto, ótimo de Pareto e critério Kaldor-Hicks. Pareto tem por ótima, após vencidas etapas em arranjos intermediários que impliquem em melhorias, a situação econômica em que é impossível melhorá-la, ou, mesmo, melhorar as condições de um agente ou a utilidade que este obtém em sociedade, sem prejudicar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico ou sujeito de direito. Já, no critério de Kaldor-Hicks, atingido e para além do ótimo de Pareto, ainda se pode obter outros arranjos produtivos, institucionais, pessoais etc.; desde que, prejudicando terceiros, se os possa compensar.

Destarte, a análise econômica de custos e benefícios não considerando critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências; por outro lado, a distribuição regressiva leva a maiores injustiças em termos materiais. Dessa forma, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica. Torna-se útil o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito entre os sujeitos de direito, além de programas ou políticas distributivas a serem, cautelosamente, implementados pelo Estado; já que, infelizmente, nem sempre, são computadas, no cálculo utilitário decisório, externalidades negativas e positivas das ações em sociedade, inclusive oriundas da criação e aplicação judicial da norma. A regulamentação, em busca da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades eficientes. Resta, pois, novo arranjo do Direito com a Economia, buscando-se eficiência, sim; porém, dentro de limites que o Estado pode entender por Mínimo Ético Legal (MEL). Tal arranjo denomina-se Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

Seja nas negociações ou na tomada de decisões, a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico como defendido segundo o PEES. Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de

obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda se concorda com Pigou que o custo social não pode se justificar pelo ganho privado; também se concorda com Coase, que interesses recíprocos devem ser equacionados de forma eficiente entre as partes; porém, defende-se que as externalidades geradas pelos arranjos interpartes têm de ser internalizadas e consideradas no eficiente acordo entre as mesmas.

Evitar-se-á, pois que, em futuro não remoto, pelo emprego ineficiente de recursos, pela onerosidade causada ao processo produtivo doméstico, pelo desvio de recursos e pela criação de indicadores mercadológicos falsos verifique-se o caos econômico-social a partir da equivocada tomada de decisão individual, entre partes ou mesmo em instância Estatal.

Não obstante, tem-se que o PEES prima pela essência econômica da norma, portanto, devendo ser eficiente – maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações – não devendo olvidar a consideração, no cálculo econômico, das variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem, ainda, considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade presente e futura.

O Direito aplicado de forma eficiente torna-se moral, reduzindo as externalidades na medida em que custos são internalizados quando da violação dos próprios princípios morais. O altruísmo, por sua vez, também não está descartado da lei quando é raciocinado em termos econômicos na forma de derivação de utilidade, por parte de alguém, em relação à utilidade desejada por outrem; de forma que o desejo ou anseio individual passa a ser correspondido conforme à satisfação do próximo.

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica torna-se possível, segundo aplicação do PEES, conforme dadas as restrições materiais, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante o tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para a consecução de atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes. O Direito, como medida de justiça buscará parâmetro de decisão conforme a técnica mais promissora e racional disponível evitando



as falhas de mercado que distorcem a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes; sendo consequência, a injustiça em função do desperdício e da escassez fazendo urgir a ação do Estado como reorganizador das relações econômico-sociais.

Justiça, segundo a ótica do Direito tradicional, é dar a cada um o que lhe pertence — “justiça corretiva” para Aristóteles (1992, p. 95), ou segundo critério distributivo, ainda conforme o Mestre macedônio, implica retribuir na proporcionalidade em que cada um tenha contribuído para o bem-estar social, ou seja, tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade. Ademais e, segundo máxima inolvidável, justiça é fazer aos outros o que se gostaria que fosse feito a si — alteridade. Por outro viés, justiça, segundo a ótica econômico-jurídica, refere à compensação de cada agente, no mercado, segundo seu interesse<sup>75</sup> (*Willingness to Pay* ou *Willingness to Accept*).

Segundo o PEES, pela interação entre os interesses em disputa envolvidos nas relações sociais, deve ser perquirida solução que, otimizando o interesse das partes, seja capaz de relevar o interesse de terceiros que devem ser compensados por possíveis prejuízos causados pela ação do agente que reverbera em sociedade, uma vez que existe reciprocidade entre os direitos dos diversos sujeitos presentes na relação e, mesmo, que possam ser alcançados, no futuro, pela tomada de decisão atual. Ainda, dentro da ótica econômico-pragmática, a justiça deve ser alcançada em função da composição ideal das partes, relevados os interesses sociais, reciprocamente considerados, para, assim, ser alcançado estado superior de bem-estar para todos no convívio em sociedade. A Justiça no Direito, seja em esfera normativa ou judicial, implica tomada de decisão que leve em consideração os questionamentos indissociáveis do PEES tais como: I) A inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica; II) A consideração, para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos — adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; III) O primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado, incluído o maior número possível de sujeitos e interesses privados e sociais no cálculo econométrico decisório ou normativo; IV) A apreciação do caso

---

<sup>75</sup> Posner (1977, p. 313-352) trabalha a questão da justiça distributiva, bem como, da justiça corretiva, a partir de Aristóteles, afirmando que é necessário corrigir o senso comum de que as ideias Aristotélicas, bem como, Kantianas de justiça são mais aceitáveis, moralmente, do que aquelas próprias de visão pragmática e instrumental.

concreto de forma eficiente, segundo expectativas da AEDI, eliminando-se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras; e, V) A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social, seja das partes envolvidas em possível contenda judicial, seja em relação a terceiros presentes ou futuros que possam sofrer os reflexos da normatização, do julgamento ou do acordo interpartes presente.

Nesse sentido, a utilização cuidadosa de critérios econômicos harmonizados com objetivos de justiça e bem-estar social pode representar alternativa para criação e aplicação das regras de Direito próprias de desenvolvimento. Respeitada a posição daqueles que não podem aceitar a economicidade no Direito ou a associação da eficiência com justiça, resta, como verdade, que necessário é — e justo, também — a garantia de regras iguais e proteção institucional das relações sociais para a consecução de profícuo trabalho com vistas ao desenvolvimento. Necessária, pois, é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade no exercício da atividade econômica, vez que se reconhece, em estado de concorrência perfeita, no qual não impere o despotismo dos economicamente poderosos, o estado utópico do sistema econômico. O resultado do *modus operandi* dos agentes econômicos, inseridos em contexto regulamentado, é, em última instância, a defesa de seus interesses pessoais e diretos, tais como: a sobrevivência e a satisfação de suas necessidades vitais, dentre outros; de modo racional, através do uso eficiente dos escassos recursos, seja por meio do indicativo do mercado em primeira instância ou, na falha deste, através da regulamentação que deve, invariavelmente, defender o interesse econômico-social<sup>76</sup>, segundo o PEES.

A humanidade cresce globalmente e a transitoriedade da vida individual não representa, nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente, egoísta, despótico e descomprometido com a própria sobrevivência e a dos demais componentes da humanidade; assim como, não justifica a

---

<sup>76</sup> Segue-se a lição de Rudolf Von Jhering para afirmar que “o Direito é o interesse juridicamente protegido”; acrescentando-se que, no mundo hodierno, interesse é a manutenção de patamares desenvolvimentistas eficientes nas relações sociais (JHERING, 1946, p. 189). Oscar Dias Corrêa, socorrendo-se em Bobbio, ensina que a decisão individual, consciente ou não, na maioria das vezes, acabará por conduzir à busca do bem coletivo: “Esquecem-se os excessos individualistas se o homem acaba por compreender que não só não pode viver só, como sua tranquilidade (felicidade) depende da tranquilidade que os outros homens possam também usufruir. Não se trata, pois, de ação consciente, nem se precisa recorrer ao contratualismo, à noção de contrato social que se estabeleça; mas de um objetivo que se alcança pela compreensão da coexistência, da convivência, inconsciente e progressivamente, pela própria experiência vivida pela Humanidade, sem necessidade de desvendar nas doutrinas contratualistas o fundamento”. Ver in Corrêa (1994, p. 144-145).

ganância que desconsidera o social; nem a inércia que aumenta o fardo do próximo. Muito menos, justifica-se a destruição do suporte material da vida na Terra, uma vez que se entende, dentro de perspectiva progressista e includente, ser, a riqueza social, individualmente apropriada, porém, e sempre, segundo o eficiente uso comprometido pelo PEES. É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado, do Direito e do mercado como ensina Adam Przeworsky (1995, p. 98). Portanto, o papel preponderante para o Estado moderno, é distribuir renda e alocar recursos que o mercado não é capaz, seja em função de falhas próprias de sua incapacidade de autorreprodução *ad infinitum*, seja em função das imperfeições de mercado, como a monopolização, da não mercantilização ou, simplesmente, em virtude da ineficiência de seus agentes. Em que pese o afirmado, lembre-se que o Sistema Capitalista neoliberal de mercado se autoajusta, entretanto, mediante concessões de cunho social, já que não pode *ad perpetum* proceder com a acumulação em detrimento do assalariado e do desprovido. Acredita-se que a AEDI deve servir a um Aparelho de Estado ágil, atuando na Ordem Econômica, de forma normativa e complementar, deixando para a própria sociedade, a partir de marco regulatório conforme ao MEL e ao PEES, a escolha racional e eficiente para a adjudicação da riqueza disponível; inclusive, intervindo, quando da verificação de altos custos de transação para a solução das lides sociais ou para a correção de falhas de mercado.

Segundo o PEES é possível a acomodação, nos termos de práxis ideológico-normativa, entre os fins racionais economicistas do Direito e a necessidade elementar de equidade — oportunidades: em recursos, emprego, educação e bem-estar social mínimo. Em termos doutrinários, trata-se do conciliar entre Rawls e sua *Teoria da Justiça Equitativa*, Dworkin e sua *Chain of Law* e Habermas e sua ‘Razão Comunicativa’ na tomada de decisão com a racionalidade e ética da eficiência própria da AEDI. Tal acomodação normativa, como discurso jurídico-econômico, em verdade, questiona a aceitação ou condenação do “Direito Individualista” voltado para o uso exclusivo da propriedade, depois de desconsiderada a utopia do “ter comunitário” pela partilha social em detrimento do “apropriar racional”<sup>77</sup>. Resta inexorável que nenhuma política, ideologia ou fragmento de Direito, pensamento utópico ou pragmático pode vir a ser a *última ratio regis* caso não se verifiquem as seguintes máximas: a um, é absolutamente necessária a reforma íntima da

---

<sup>77</sup> O apropriar racional, tal como Epicuro entendeu deve considerar todas as variáveis obtendo-se perspectiva maior e mais precisa em relação aos fatos e excluindo-se o imediatismo da satisfação momentânea sem levar em conta os reflexos no futuro dos atos presentes. O apropriar racional seria eficiente, conforme Posner; hedonista, segundo Epicuro; utilitarista, como ensina Jeremy Bentham; preocupado com o futuro – político – mantenedor da ordem – social e assegurador de direitos – jurídico.

vontade racional dos indivíduos submetidos ao paradigma jurídico-normativo vigente, que, antes de ser cogente, deve ser persuasivo, e; a dois, é imprescindível a adoção de “nova-velha” perspectiva de relações entre homens, tal como Aristóteles pregou com sua doutrina do meio-termo para a negociação. Através da reforma íntima, a partir da educação e do amadurecimento dos processos cognoscitivos; supera-se a insanidade, assim como, não se aceitando qualquer forma de imposição violenta, incapaz de convencer, elimina-se o gérmen do revanchismo e mesmo, da extrapolação do razoável. Pela mudança do paradigma jurídico-normativo, refletindo o amadurecimento do homem, visa-se o respeito à sua individualidade de forma a que este não sofra e nem faça sofrer aquilo que, outrem, poder-lhe-ia impor e que não lhe fosse aprovado implementando-se o respeito aos outros — alteridade.

Entretanto, na atribuição da vida moderna, predominam padrões ético-comportamentais que não alcançam níveis de excelência próprios do ‘homem integral’ — ser humano consciente e capaz de ‘amar o outro’ — e, sim, apenas e tão somente, arremedam-se expressões pequenas desse mesmo homem — ser que possui a essência da Divindade — como mero consumidor, empresário, trabalhador, profissional, agente econômico ‘ator do teatro mercadológico’. Os caminhos tortuosos levam, também, à meta final. No egoísmo da tomada de decisões de forma racional e eficiente resta, para o Planeta habitado, a integração em processo que torna evidente, não mais, a acumulação local de capitais e, sim, a lógica de exploração social dos recursos que passam, então, a ser disputados para usos eficientes, condenando-se, conseqüentemente, o desperdício em função da escassez; já que, as irracionalidades não podem mais ser toleradas quanto aos escassos recursos da natureza, não renováveis. A ‘utopia capitalista’ é o caminho que se apresenta possível para a união dos egoísmos individuais, pelo fato do homem ter como imprescindível sua sobrevivência, levando-o a convencer os demais da inexorabilidade da ação conjunta sob pena do total extermínio; restando, por consequência da busca do bem-estar de uns, a salvação e segurança de outros. Não há mais espaço para o isolamento, pois as relações sociais se ‘estreitam’ e fazem surgir mecanismos normativos que as tornem pacíficas; considerada que seja a inevitável constatação da existência de conflitos sociais. Neste contexto, necessário é o repensar de nova Teoria Geral do Direito que, ‘flexível’, abandone o ‘ranço dogmático’ de tradição individualista embaçado em conceitos absolutistas e volva-se para a normoinstrumentalização moderna, eficiente e racional de melhor aproveitamento da riqueza satisfazendo, por fim, os anseios individuais e gerais dos nacionais e dos não nacionais.

As atuais condições de vida forçam a modificação do paradigma comportamental no início do terceiro milênio e, por consequência, impõem a revisão dos institutos jurídico-econômico-normativos, assim, os problemas e soluções — tomada de decisões — encaminham-se para perspectiva global; pois, *v. g.*, o ar que se respira e que poderá, brevemente, faltar, a água que se bebe e que poluída restará, o alimento e a produção de que se necessita e que poderá faltar, afetam a todos indiscriminadamente. Evidente, no entanto, é que a grande maioria da humanidade, ainda não educada, transgride sua própria lei de autopreservação. Ao Direito competem dois papéis: a um, ser inquestionável instrumento de controle social organizando a sociedade e, a dois, cumprindo sua função social, tornar-se adequada forma para a consecução de objetivos e metas em sociedade – funcionalização do Direito; como que tornando racional o uso individual da riqueza social e escassa. Possível, então, pensar inovadora Teoria Geral do Direito que, a partir da aplicação dos institutos da Teoria Microeconômica, possa embasar a criação e a aplicação da norma jurídica de forma eficiente e socialmente inclusora, maiormente, se considerados os parâmetros de internalização das externalidades segundo o PEES e o MEL.

Meta específica, para o Direito, passa a ser a obtenção de sonhada estrutura de convívio social em que, economicamente, os Custos Marginais Privados – CMgpr e Públicos – CMgPu sejam igualados às Receitas Marginais Privadas – RMpr e Públicas – RMgPu. Compatibilizam-se, em termos de práxis ideológico-normativa, os fins racionais economicistas do Direito e a necessidade elementar de equidade através do PEES, uma vez adotado o apropriar individual racional — uso eficiente dos recursos e relevadas as consequências sociais — externalidades. Para tanto, a modificação social perpassa a necessária reforma íntima — obtida pela educação e pelo amadurecimento dos processos cognoscitivos — da vontade racional dos indivíduos submetidos a determinado paradigma jurídico-normativo que, persuasivo, antes de ser mero controlador social, deve determinar políticas econômico-sociais, através de sistema de incentivos e obstáculos à ação, inibindo qualquer forma de imposição violenta. A mudança do paradigma jurídico-normativo deve refletir o respeito do homem à sua individualidade e à alteridade.

Através de atitude interdisciplinar entre a Ciência Econômica e o Direito pode ser percebido instrumental analítico-interpretativo próprio da releitura do jurídico-econômico instituído por meio do PEES, partindo do pressuposto de que o Direito se desenvolve em ambiente orientado pelo interesse econômico e que alternativas idealizadas já fracassaram diante dos egoísmos que caracterizam o sistema de trocas. Propõe-se, então, como viável o PEES, enquanto critério orientador para criação e aplicação

das normas de Direito que, assim, atentam para o MEL, disciplinando o apropriar e o usar da riqueza social, individualmente apropriada, em sociedade, ainda, lembrando-se que, o homem, sendo mais que seus desejos materiais, é ser espiritual e social que necessita da sociedade para, assim, usufruir com plena intensidade o seu direito de vida.

## Considerações finais

A norma jurídica deve disciplinar a ação dos sujeitos de direito conforme a ideologia constitucionalmente adotada e segundo escala de valores que não permita o uso irracional ou ineficiente da riqueza, do meio ambiente e do esforço do trabalho. Para tanto, imperiosa é a interatividade entre as Ciências Econômicas e o Direito; como também, entre os interesses econômicos e a premência em desfazer as desigualdades sociais; tal qual espécie de convergência entre os ideais individualistas, sociais e os princípios econômicos. Inserida no estudo do Direito na década de sessenta, a AEDI faz questionar sua racionalidade econômica e apresenta capacidade metodológica de análise do fenômeno jurídico.

A tendência, no campo das ações normativas e judiciais, se dá no sentido da tomada de decisões universais; mesmo que disfarçada sob a lógica de pseudo-individualidade. Existe conjuração ideológica universal que tende a romper com as resistências individuais — egoísmo, ambição, individualismo absolutista e inquestionável — pois, por fim, a humanidade tem de sobreviver, o Planeta tem de continuar existindo e o progresso do homem em direção à sua origem Divina é inexorável. Surge, pois, a Ciência Econômica a indicar, segundo suas máximas da Microeconomia, parâmetros técnicos para a tomada de decisão consideradora das diversas possibilidades que envolvem não menor número de variáveis para, derradeiramente, indicar a melhor solução — eficiente e própria do ora defendido PEES, que, embora afetando a totalidade dos indivíduos envolvidos e elidindo suas crises; não deve propiciar externalidades, de quaisquer ordens, aos demais atributos da realidade; quais sejam: a sociedade presente e as futuras gerações — que perpetuam a inteligente ação humana, a natureza — que mantém a vida em condições ecológicas; assim como, aos atributos da idealidade como podem ser lembrados os valores da justiça, da honestidade, do belo, do correto, do amável, do razoável, do espiritual, da Divindade.

Pelo que se preconiza, intui-se, dentro de visão holística, que, tanto o Direito, a Ciência Econômica, a Economia e tantos outros ramos do universo grandioso, próprio do conhecimento humano, podem, de forma interdisciplinar, contribuir para ética de alteridade rumo à universalização.



O que, por ora se defende, trata de moroso processo de convencimento e persuasão a incentivar a alteridade nacional e internacional em todas as instâncias sociais para, em um segundo e inevitável período — de bem-estar — verificarem-se os referidos arcaísmos teórico-normativos engendrados durante a infantilidade humana, totalmente inócuos para um grande e universal ‘mercado de concorrência perfeita’.

Defende-se, especificamente, o Direito Persuasivo, flexível, desconectado dos “ranços dogmáticos” de tradição individual-absolutista e dirigido para a instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza social e individualmente apropriada, satisfazendo, por fim, os desejos gerais dos agentes econômicos e dos sujeitos de direitos como um todo. Compete, para o Direito, ideal de justiça próprio da sociedade eficiente, que avalie os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão individual e social, em ambiente institucional de mercado-social regulado pelo Estado conforme ditames do MEL, mesmo, em tempos de globalização e de neoliberalismo.

Os institutos e premissas do meio social e institucional de mercado delineiam o proceder racional do *homo oeconomicus* que, não obstante, persegue objetivos outros, inclusive sociais, em amplo sentido, através do PEES. Este, como método ou instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo da Ordem Jurídica, sugere que seja adotada, no que se considera um Sistema Econômico Líbero-Social, economia de mercado-social, disciplinada pelo MEL Estatal; prevalecendo o livre arbítrio das escolhas, em meio da atitude, socialmente responsável, de maximização dos interesses individuais que, por sua vez, devem ser negociados considerando-se a natureza recíproca e futura das consequências quando da tomada das decisões, por parte dos agentes econômicos. Dadas as restrições materiais (escassez), segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos promover-se-á derradeira justiça em perspectiva econômico-jurídica, ao serem difundidos incentivos para a ação socialmente desejada e obstáculos para a insanidade egoísta. A partir de tais considerações, sugerem-se as seguintes estratégias no intuito de tornar o Direito justo, equilibrado e capaz de viabilizar condições sociais que assegurem o almejado desenvolvimento: a) demonstrar que, no binômio ‘fato sócio-econômico-político *versus* norma’, as Ciências Sociais interagem em visível processo dialético; b) apontar máximas interpretativo-jurisdicionais da AEDI que legitimem a prática econômico-social global, desburocratizada e livre de fundamentalismos extremados; c) levantar estratégias que viabilizem o Sistema Econômico Líbero-Social; d) avaliar a crise jurídico-normativa do Direito em função da crise econômico-social; e) evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como

oriundos do poder político e econômico, mas, indubitavelmente apresentam-se eficazes desde que observadas e consideradas a articulação de valores e anseios sociais; f) avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica (grau de intensidade e necessidade); g) verificar a crise existente entre a ineficiência das regras de Direito e a busca da eficiência econômica, viabilizando soluções para que as esferas normativas não se distanciem em relação à realidade econômico-social; e, h) constatar a mudança do paradigma mecanicista-procedimental para o modelo holístico-interativo nos diversos campos do conhecimento, em especial das Ciências Sociais como o Direito e a Economia.

O paradigma da Ordem Jurídica Econômica de vanguarda deve volver para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização no uso da riqueza, ainda considerando a inclusão social para o cálculo econômico. Portanto, determinando políticas econômicas progressistas, as leis jurídico-econômicas devem buscar a eficiência social para a adjudicação dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento e a garantia da seguridade e certeza jurídica em pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista, conforme consenso para a governabilidade substantiva e a inclusão social segundo o PEES.

A política de Estado minimalista justifica-se no fortalecimento da sociedade civil e na consecução complementar da ação estatal na atividade econômica, implementando padrões de distributividade e equidade capazes de propiciar a inclusão de todos os cidadãos presentes, respeitados os interesses das gerações futuras. A AEDI adapta-se às atuais perspectivas do Estado neoliberal, orientado para a economia de mercado e eficiência, assim como, pode ser discurso adequado à defesa do Estado Líbero-Social, na medida em que permite prioridade para a tomada de decisão segundo o PEES, seja pelo ente privado ou pelo Estatal, desde que, invariavelmente, maximizando-se o uso da riqueza para os participantes do processo de desenvolvimento, mormente, integrados, eliminando-se as externalidades causadas pela ação no mercado-social e possibilitando-se a negociação e a diminuição dos custos de transação.

Ao Direito compete indicar as medidas de política jurídico-econômica próprias para a justiça econômica, segundo o PEES, adequadas para a apreciação teórico-jurídica do mundo real, sob pena de esterilidade da lei. Em situação ideal de mercado Líbero-Social, maximizada resultará a utilidade dos escassos recursos e será verificada justiça se, a cada um, segundo sua capacidade — eficiência — tornar-se possível ser distribuído a respectiva parte da felicidade ou bem-estar social. Associam-se, pois, as ideias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação

racional da riqueza para os agentes e respectiva compensação daqueles que sofram as imposições — externalidades, advindas do processo econômico de mercado-social, segundo seus méritos, respeitando-se, definitivamente, o outro — alteridade.

De forma racional e progressiva, a Ordem Jurídica, fundamentada conforme os auspícios do PEES, deve primar pela adjudicação de direitos e determinação de obrigações, vez que paute eficientemente as relações dos agentes públicos e privados, maximizando resultados esperados e considerando as externalidades e o reflexo social sofrido pela sociedade presente, e mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos sociais, determinados pelo ganho privado imediato dos participantes do processo de decisão, com relação aos demais indivíduos contemporâneos à tomada de decisão — alteridade — e às gerações futuras — condescendência para com a própria espécie.

Constatada a necessidade de adoção de inovadora perspectiva para a criação e análise do Direito segundo pluralismo Econômico Líbero-Social formador de consenso jurídico-econômico, pode ser inferida a necessária síntese paradigmática jurídico-econômica principiológica, principalmente, estipulando a ideologia econômico-política adotada pela sociedade e a determinação das formas de relacionamento entre os diversos agentes econômicos sempre em favor da transigência ou da negociação quando da adjudicação de direitos, segundo seja possibilitado o melhor uso da riqueza individual e social; ou, ainda assim, possam ser totalmente internalizados os custos que foram determinados sobre terceiros presentes ou para as futuras gerações em virtude das ações praticadas pelos agentes públicos ou privados. Deve, pois, mormente, o Texto Constitucional, em termos jurídico-econômicos, indicar quanto de determinado bem, considerado individualmente, se está disposto a sacrificar para a implementação da riqueza de outro ou da sociedade, segundo adoção do MEL e do PEES, sob pena de esterilidade normativa.

Os métodos analítico-interpretativo-constitutivistas da AEDI e do PEES possibilitam a criação do 'Direito jurídico-persuasivo' esgotando-se o paradigma jurídico-coercitivo vigente. O Direito deve influir a ação dos indivíduos através do conjunto de incentivos e de obstáculos que passe, funcionalmente, a determinar o comportamento social, sopesando-se os custos incorridos e os ganhos reais obtidos para a sociedade, a partir da conquista individual, buscando-se o ponto de equilíbrio que, economicamente, corresponde àquele em que os custos sociais, as receitas sociais, os custos privados e as receitas privadas são idênticos. Da mesma forma, a partir do discurso jurídico-econômico, o

paradigma 'Constitucional Econômico jurídico-persuasivo', não pode ser indiferente ao pluralismo Líbero-Social, adotando a liberdade para a tomada de decisão que, sem embargo, não pode desconsiderar os reflexos sociais causados e, observando o PEES, deve internalizar, de forma racional-econômica, os ganhos e perdas individuais e sociais de forma que o ganho individual não ocorra pela imposição de custo social. A responsabilidade pelo uso social da riqueza individualmente apropriada, antes de imposição é necessidade que torna a convivência dos indivíduos pacífica, assim como, eficiente vez que, se garantida a propriedade privada, não se deixa de, também, assegurar a necessária geração de riqueza que deve, assim, traduzir a conseqüente criação de novas oportunidades de emprego de recursos para a sociedade que, então, passa a ser beneficiada pelo uso racional da riqueza social e individualmente apropriada. Seguramente, a ação conjunta advinda de tal intento fortifica o desenvolvimento universal, uma vez superada a etapa dos regionalismos em vista de um mundo melhor, no terceiro milênio, livre de conflitos gerados pela insensatez do radicalismo e no qual se vislumbre o definitivo desenvolvimento.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. **Del Realismo al Constructivismo Jurídico**. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel, 1988, p. 85.

ALPA, Guido. Interpretazione Economica del Diritto. **Rivista del Diritto Commerciale**, ano 1979, Lul - Dec., 1981.

ALPA, Guido *et al.* **Interpretazione Giuridica e Analisi Economica**. Milano: Giuffrè, 1982.

ALPA, Guido; PULITINI F., RODOTÀ S. E e ROMANI F. **Interpretazione giuridica e analisi economica**. Milano: Giuffrè, 1982.

ALTMAN, Andrew. **Critical Legal Studies: a liberal critique**. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. C 1985, 1992. p. 95.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BLACK, Duncan. **The Theory of Committees and Elections**. Cambridge University Press, 1958.

BUCHANAN, James M. **Custo e Escolha: Uma indagação em Teoria Econômica**. Trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

CALABRESI, Guido. **El Coste de los Accidentes: Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil**. Trad. Joaquin Bisbal. Barcelona: Ariel, 1984.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts. V. 70 **Yale Law Journal**. p. 499, 1961.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. V. 3, p. 1. 1960. p. 1-44.

COOTER, Robert D. e ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Harper Collins Publishers, 1988.

CORRÊA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro: o socialismo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 144-145.

DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Democracy**. N. York: Harper and Row, 1957.

FARBER, Daniel A. e FRICKLEY, Philip P. The Jurisprudence of Public Choice. **Texas Law Review**. v. 65, n. 5, Apr. 1987.

FARIA, Guiomar Teresinha Estrela. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FURUBOTN, Eirik e PEJOVICH, Svetozar. Introduction: The New Property Rights Literature. **The Economics of Property Rights**, Ballinger. 1974.

GONÇALVES, Everton das Neves. **Dissertação de Mestrado (UFSC/1997): A teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988**. 1997. 390 p. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>>. Acesso em: 20 set. 2022.

GONCALVES, Everton das Neves. A necessária transição planetária: (in) convenientes da COVID-19 para a benfazeja mudança no Brasil e na comunidade internacional de países. *In Sequência* (Florianópolis) [online]. 2020, n. 85, p. 309-335. ISSN 2177-7055. <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p309>>. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/72371>>. Acesso em: 20 set. 2022.

GONCALVES, Everton das Neves and STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *In Sequência* (Florianópolis) [online]. 2014, n. 68, p. 261-290. ISSN 2177-7055. <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>>. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100012&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100012&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 20 set. 2022.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Tomada de Decisões Técnico-Legais para o Mercosul: Uma Apreciação do Dumping sob o Enfoque da Análise Econômica do Direito.** 2001. 270 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. Una teoría del consenso para la Economía y el Derecho. *In GONÇALVES, Everton das Neves e SICLUNA Y SEPULVEDA, Consuelo Martinez (Orgs.). Teoria, Filosofia e História do Direito.* V. 14. Organização CONPEDI/Madrid, Espanha. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Universidad Complutense de Madrid. [Recurso eletrônico on-line]. p. 192-221. ISBN: 978-84-92602-98-8. 2015b. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-14-Madrid.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

GONÇALVES, Everton das Neves. **Paradigma de un Orden Económico Comunitario para Brasil y Argentina: Principios y Fundamentos en la Perspectiva Globalizante del Mercosur.** 2004. 413 p. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidad de Buenos Aires, Bs. As., Argentina, 2004.

HAYEK, Friedrich Von. **O Caminho para a Servidão.** Lisboa: Edições 70. 2009, p. 279-280.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **Economic Journal.** V. 49, N. 196. 1939. p. 696-712. doi:10.2307/2225023.



HIRSCH, Werner Z. **Law and Economics. An Introductory Analysis**. 2. ed. San Diego, CA: Academic Press Inc., 1988.

HORWITZ, Morton J. Law and Economics: Science or Politics. **Hofstra Law Review**, n. 8. 1980. p. 905-912.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros Textos**. Coleção os Pensadores. Trad. Jorge Caetano da Silva, Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JHERING, Von Rudolf. **La dogmática Jurídica**, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 189.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **Economic Journal**. V. 49, N. 195. 1939. p. 549-552. doi:10.2307/2224835.

KUPPERBERG, Mark e BEITZ, Charles. **Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held, 1983.

MANGABEIRA, Roberto Unger. **The Critical Legal Studies Movement**. Harvard: Harvard University Press, 1983.

MARX, Karl. Para a crítica da economia política: Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar; **Coleção Os Economistas**. Introdução Jacob Gorender; Trad. Edgar Malagodi *et al.* São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 10.

MINDA, Gary. Los Movimientos del Derecho y la Economía y de los Estudios Jurídicos Críticos en el Derecho Norteamericano, *in* MERCURO, Nicholas. **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 121.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Lisboa: Centelha, 1978. p. 55-56.

MUELLER, Dennis C. **Public Choice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

OTERO DIAS, Carlos. **Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Artes Gráficas Marisal, 1966.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica.** Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994. p. 27, 58-64 e 204.

PARETO, Wilfredo. Manual de Economia Política. Trad. João Guilherme Vargas Neto. **Coleção Os Economistas.** São Paulo: Abril Cultural, 1984.

POLINSKY, A. Mitchell. **Introducción al Análisis Económico del Derecho.** Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia.** São Paulo: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law.** Boston: Little Brown, 1977. p. 15 e 16.

POSNER, Richard Allen. **The Problems of Jurisprudence,** Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 1990, p. 313-352.

PRZEWORSKY, Adam, **Estado e Economia no Capitalismo.** Trad. Argentina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 98.

RANGEL COUTO, Hugo. **La Teoría Económica y el Derecho.** México: Porrúa, 1980.

ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho.** Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 4.

SANTOS PASTOR. **Sistema Jurídico y Economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho.** Madrid: Ed. Tecnos, 1989. p. 31.

SCHAFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. **Manual de Análisis Económico del Derecho.** Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

SCHELEGAL, John H. Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies. **Stanford Law Review**, v. 36. n. 1 e 2. Jan. 1984. p. 391-411.

SCHMID, Allan A. Law and Economics: An Institutional Perspective, in MERCURO, Nicholas. **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.

SCHWARTZ, Louiz B. With Gun and Camera Through Darkest CLS – Land. **Stanford Law Review**, v. 36, n. 1, Jan. 1984, p. 413-455.

SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Cambridge: Harvard University Press, p. VIII, 312. 1987.

STAMMLER, Rudolph. **Economía y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social**. Madrid: Editorial Reus, 1929. p. 138.

STIGLER, George J. **The Theory of Price**. 4. ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1987.


TORRES LÓPES, Juan. **Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 22 e 71.

TULLOCK, Gordon. **Law and Public Choice: A Critical Introduction**. The University of Chicago Press, 1991.

WEBER, Max. **Economía Y Sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría *et al.* México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 652-653.

WEBER, Max. **A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. 9. ed. Trad. Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1994.

WILLIAMSON, Oliver E. **Las Instituciones económicas del capitalismo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.



# O controle de constitucionalidade como objeto fronteiriço de pesquisa entre o direito e a ciência política: uma aproximação do *law & politics*

*Samuel Martins dos Santos*

## Introdução

Nos 50 (cinquenta) anos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina uma característica pode ser ressaltada na trajetória dos seus Mestres e Professores, como também dos pesquisados que tiveram formação e passagem pela respectiva casa, o desenvolvimento de competências e aptidões para dialogar com outros campos do conhecimento científico que não apenas aqueles limitados à área do Direito.

Sejam os estudos sobre o Direito e a Música, o Direito e a Literatura, o Direito e a História, entre as mais variadas gerações de pesquisadores se destacou o reconhecimento de que a interdisciplinaridade e a trans-

disciplinaridade é um exercício pertinente para os estudos do Direito e o avanço nas suas fronteiras mais sofisticadas.

Muito modestamente, o presente texto converge com tal tradição, por ser parte de uma Tese desenvolvida nos quadros do honroso programa, mas também por indicar que em alguns temas a interdisciplinaridade é congênita ao objeto de estudo, tal qual o controle de constitucionalidade, o que não ocorre sem dificuldades e desafios.

Assim, o texto possui como formulação o seguinte problema: Quais são as possibilidades e desafios colocados à uma proposta de análise interdisciplinar do controle de constitucionalidade? O texto pretende apresentar uma literatura de tradição norte-americana que se propõe a tal desafio, como também evidenciar quais são as consequências epistemológicas desse empreendimento.

O argumento do artigo está baseado no reconhecimento do controle de constitucionalidade como objeto fronteiro de pesquisa entre a Teoria da Constituição, o Direito Constitucional e a Ciência Política, no qual é considerado que tal caracterização gera desafios e diferenças de análise que indicam a pertinência das pesquisas em ciências jurídicas estabelecerem como questionamento qual é a sua perspectiva de interlocução e debate em relação a essa temática com outros campos científicos correlatos.

Isso porque a tradição acadêmica nas Faculdades de Direito no Brasil é perpassada pela cultura do bacharelismo jurídico e por pouca interdisciplinaridade com as ciências correlatas. O resultado negativo dessa dificuldade de diálogo foi a perda de potencial da troca de informações, conceitos e metodologias entre ciências que se dedicam a objetos inegavelmente próximos.

Certamente não se trata de esperar que cientistas políticos manuseiem com destreza conceitos típicos da seara jurídica, muito menos que juristas conheçam de forma aprofundada o conjunto metodológico dos politólogos. Por outro lado, é necessário se evitar que pesquisas jurídicas que se aproximam da Ciência Política sejam apenas trabalhos piorados desse ramo do conhecimento, ou que os politólogos se aproximem de forma estereotipada e superficial dos fenômenos jurídicos, de modo que o desafio existe, mas é preciso destacar que tal iniciativa parte do pressuposto que o resultado desse diálogo será mais positivo do que a demasiada especialização de cada ramo do conhecimento (SHAPIRO, 2008).

## **6.1 O controle de constitucionalidade como desafio epistemológico**

Particularmente, em se tratando do controle de constitucionalidade, a questão fica ainda mais latente, seja pela importância desse modelo



institucional nos Estados contemporâneos, seja pelas funções que o mesmo exerce para a garantia dos regimes políticos democráticos, do que resulta um campo de significativa ambivalência analítica entre juristas e cientistas políticos.

Sobre as principais questões a serem consideradas nos debates interdisciplinares a respeito do controle de constitucionalidade e o conceito de jurisdição constitucional, destacam-se os elementos a seguir:

- **Diferenças de perspectivas:** No limite, as pesquisas muito comumente se aproximam pela convergência em relação ao objeto, mas por caminhos diversos, por exemplo, as ciências jurídicas apresentam uma tendência mais clara de um debate normativo sobre a jurisdição constitucional, ao passo que a Ciência Política possui inegável tendência de viés descritivo sobre o funcionamento dos tribunais, sendo que nestes últimos nem sempre fica claramente delimitado o campo da prestação jurisdicional, como serviço público especial e o campo da jurisdição constitucional, como análise de adequação de uma norma infraconstitucional com a Constituição do respectivo país.
- **Diferenças conceituais:** Na medida em que o mesmo objeto é analisado em perspectivas distintas, também ocorreu o desenvolvimento de conceitos e instrumentos de análises distintas, de modo a não ser incomum que debates e conceitos fundamentais para um campo sejam considerados de menor importância para o outro.
- **Diferenças metodológicas:** Ao analisar a produção científica brasileira das últimas décadas, é possível indicar a ampla predominância de análises normativas e hermenêuticas nas Ciências Jurídicas, ao passo que na Ciência Política possui uma trajetória amplamente focada no funcionamento das instituições, metodologias descritivas e análises de dados.

Assim, se a Ciência Política tende a focar a análise e descrição das instituições jurídicas em funcionamento, de modo que conceitos como jurisdição constitucional, hermenêutica jurídica e o próprio ato de interpretação das normas jurídicas não recebem a centralidade analítica tal qual nos trabalhos jurídicos.

Tal tendência não ocorre sem exceções, por exemplo, o trabalho do cientista político Martin Shapiro (1963, 1983) destaca-se pela importância da linguagem jurídica como um instrumento específico de análise, indicando o Direito como uma esfera de legitimação social e com justificação própria, justamente por esta sofisticação que o mesmo é selecionado como um dos principais marcos teóricos no estudo das relações entre o Direito e a Ciência Política.



No ponto referente às diferenças metodológicas de análise do controle de constitucionalidade, um horizonte a ser considerado diz respeito a como as principais questões formuladas pelas teorias normativas podem ser analisadas e pesquisadas empiricamente, como fazem os politólogos, seja no sentido de compreensão do potencial e limites das teorias normativas, seja também na análise sobre como as instituições funcionam em contextos historicamente dados e correspondem às principais questões formuladas pelas teorias normativas:

Há uma disjunção entre nossas teorias sobre a origem de tribunais fortes com o poder de revisão judicial e o trabalho que os tribunais estão realmente fazendo na maioria dos países. (...) O que os tribunais realmente fazem não se alinha muito bem com o que as teorias presumem que eles foram projetados para fazer. (BRINKS; BLASS, 2018, p. np, tradução nossa)

Assim, os desafios epistemológicos indicados nesse texto podem potencializar pesquisas que desenvolvam instrumentos de conexão entre as teorias normativas, desenhos institucionais e pesquisas empíricas, de forma mais concatenada e relacionada.

Além da dimensão desenvolvida pela literatura especializada, não se pode desconsiderar a enorme influência que as teorias normativas exercem na formação do pensamento jurídico de cada país. Assim, concepções que apresentam o Poder Judiciário como o último bastião das democracias contemporâneas, teorias que potencializam juízes e desembargadores como heróis gregos com força hercúlea para a garantia dos direitos fundamentais encontram nas Faculdades de Direito, Escolas da Magistratura e concursos públicos um espaço receptivo para a sua difusão e propagação.

Ora, se as teorias normativas podem ter influência nesse tipo de distorção das análises empíricas, qual a sua importância para o campo das pesquisas em Direito? Tal resposta necessariamente passa pelos campos da justificação, e também pelas pesquisas sobre possibilidades de aperfeiçoamento institucional. Nesse ponto, a discussão se aproxima da relevância da deontologia para o Direito, e do seu potencial para o aperfeiçoamento, desenvolvimento e criação de modelos institucionais (MENDES, 2014).

Considerando-se que a análise normativa é incontornável para o campo delimitado pela Teoria da Constituição, o presente trabalho assume o desafio de formular análises que indiquem a importância do aporte metodológico da Ciência Política ser considerado igualmente relevante para o debate normativo.

Nessa direção, uma dificuldade que é incontornável à discussão interdisciplinar diz respeito aos pontos de aproximação que servirão de referência entre os campos de conhecimento.

Sobre os referenciais da Ciência Política que servem de perspectiva para o estudo do controle de constitucionalidade, as correntes institucionalista e comportamentalista há muito disputam as preferências dos analistas. Mais recentemente, nas últimas décadas, têm ganho força perspectivas que podem ser consideradas conciliadoras do presente objeto, o *neoinstitucionalismo*, em tradução nossa: “O mínimo denominador comum de ‘novo institucionalismo’ é que normas institucionais, estruturas ou ambos podem afetar o comportamento político, moldando a capacidade dos atores políticos de avançar seu curso de conduta preferido” (TAYLOR, 2008, p. 15)<sup>78</sup>.

Nessa senda identificamos que a seleção de categorias e conceitos da área do Direito, com alto grau de especificidade, podem servir de base para a elaboração de possibilidades analíticas a partir da Ciência Política.

Assim, podemos considerar como âmbito de análise o reconhecimento de que o ordenamento jurídico institui trâmites, possibilidades de impugnação, regras processuais, recursos, que no seu conjunto distribuem possibilidades e limites de ação para os principais atores envolvidos.

Particularmente a atividade jurisdicional é um campo fértil de pesquisas no referente a relação dos atores jurídicos e políticos e às regras processuais que sobre o rito são incidentes, sendo recorrente o questionamento de qual o elemento de maior inferência, o desenho das instituições ou o comportamento e interesses dos atores envolvidos? Nesse sentido, particularmente sobre o ato de decidir dos magistrados, destaca-se a clássica definição do ato de julgamento apresentada por James L. Gibson:

(...) a tomada de decisão judicial é um pouco diferente de qualquer outra forma de tomada de decisão. Grosso modo, o atitudinalismo diz respeito ao que os juízes preferem fazer, o institucionalismo ao que os juízes pensam que eles devem fazer e as teorias institucionais de grupo dizem respeito ao que é viável de ser feito. (GIBSON, 1983, p. 9)<sup>79</sup>

Isso para expressar que a perspectiva neoinstitucionalista apresenta-se como a mais adequada para a aproximação pretendida entre o Direito e a

---

<sup>78</sup> “New Institutionalism and the Courts The least common denominator of “new institutionalism” is that institutional norms, structures, or both may affect political behavior by shaping the ability of political actors to advance their preferred course of conduct”. (TAYLOR, 2008, p. 15)

<sup>79</sup> “Thus, judicial decision making is little different from any other form of decision making. Roughly speaking, attitude theory pertains to what judges prefer to do, role theory to what they think ferent

Ciência Política no referente ao objeto comum de análise sobre o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, em forte influência do trabalho de Martin Shapiro, Andrei Koerner (2015) dispõe que a linguagem jurídica e a forma como a lei é interpretada é um objeto de interpretação privilegiado sobre como as instituições jurídicas são adequadas em contextos políticos específicos, pois existem mediações que são definidas pelos comportamentos dos atores relevantes que extrapolam a dimensão interpretativa exclusiva da Constituição, ao contrário, a forma como o controle de constitucionalidade é exercido pode ser inserido como possibilidade de compreensão dos atores envolvidos.

Isso não desconsidera o profícuo debate desenvolvido entre comportamentalistas e institucionalistas, mas o ponto de partida de análise do controle de constitucionalidade ressalta a importância das instituições, mesmo que em análise mitigada pelos elementos comportamentalistas dos seus principais atores (GILLMAN; CLAYTON, 1999; INATOMI, 2020; WALDRON, 2016).

Nessa trajetória importa muito conhecer tradições acadêmicas que aproximam o Direito da Ciência Política. Um caso emblemático é a produção científica norte-americana na qual a correlação e diálogo entre o Direito Constitucional e a Ciência Política é bem mais fértil do que no Brasil. Destacadamente a *Law & Politics* que institui um campo de produção científica produtivo sobre o tema (FRIEDMAN, 2005; GRABER, 2005a, 2005b, 1993; WHITTINGTON; KELEMEN; CALDEIRA, 2008).

O desafio posto por esses teóricos considera de que modo é possível integrar à análise constitucional elementos da Ciência Política sem que esses trabalhos pareçam trabalhos de cientistas políticos, e sem que isso implique uma perda do referencial epistêmico do campo do Direito, a palavra, portanto, é integração e não descaracterização de cada um desses campos de conhecimento.

## **6.2 Análises exploratórias sobre o controle de constitucionalidade: caminhos possíveis**

A composição que tem sido objeto de análise do presente texto já é desenvolvida, em algumas situações de forma mais consciente e explícita, e em outras sem a devida clareza. Justamente por isso consideramos que a

---

from any other form of decision making. Roughly speaking, attitude theory pertains to what judges prefer to do, role theory to what they think they ought to do, and a host of group-institution theories to what is feasible to do. (GIBSON, 1983, p. 9).

identificação de tal desenho interdisciplinar de pesquisa apresenta-se como elemento contributivo para maior clareza de seus potenciais e desafios.

Desse modo, no presente tópico apresentaremos trabalhos que convergem com tal tendência, com objetivo exemplificativo.

Uma obra que merece destaque é o trabalho *In defense of political Court*, de Terri Jennings Peretti (1999), no qual o autor questiona inicialmente dois pontos relevantes para o Direito Constitucional, o primeiro relacionado ao receio do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição com o fenômeno da política, e o segundo relacionado ao debate sobre o tema independência e neutralidade do Poder Judiciário nos regimes políticos.

No primeiro ponto, a razão parece estar com o autor, pois a institucionalidade democrática passou por significativas mudanças no século XX, com a inserção de grandes grupos de eleitores no debate político.

Nesse ponto, o problema apontado por Peretti (1999) aponta resistência desenvolvida no campo das ciências jurídicas em relação ao fenômeno da política. Sendo possível identificar uma sobrevalorização da hermenêutica jurídica como desenvolvimento de critérios racionais para o balizamento da decisão judicial nos regimes democráticos em detrimento do instrumento de pesquisa do Direito a partir dos aportes da Ciência Política.

Entre os efeitos negativos da tendência de isolamento do Direito de outros campos do conhecimento é possível destacar dois, a reprodução acrítica do funcionamento das decisões judiciais como resultantes exclusivos de aportes normativos para análise da decisão judicial. E, como segundo, a desconsideração da complexidade do fenômeno da política como objeto para o estudo e a compreensão do Direito e das instituições jurídicas.

Nesse ponto, ocorre uma perda do potencial analítico a respeito do Direito e do funcionamento das instituições jurídicas, pois todo fenômeno que extrapole ou não seja passível de explicação racional pela hermenêutica jurídica é concebido como uma disfunção sobre a qual não existem instrumentos analíticos explicativos.

O segundo elemento indicado como problemático por Peretti (1999) foi a difusão das concepções de independência e neutralidade do Poder Judiciário em relação ao sistema político. Nesse quesito importa destacar que os termos não são sinônimos, a independência encontra-se relacionada aos modelos e garantias institucionais dos seus membros, sendo analisada a partir de momentos de crise no sistema político e como isso afeta, ou não, o Poder Judiciário. Por outro lado, a análise sobre a neutralidade encontra-se relacionada ao resultado das decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Identificando esse grupo como neutralistas, o autor apresenta as seguintes características:

Os neutralistas acreditam que existe uma teoria objetiva de interpretação constitucional, que (1) os juízes podem aplicar de maneira neutra, (2) o Tribunal deve aplicar a fim de proteger sua legitimidade e assegurar sua sobrevivência, (3) com sucesso reconcilia a revisão judicial com os valores democráticos e (4) permite ao Tribunal desempenhar um papel benéfico “apolítico” (ou seja, proteger os princípios incorporados no texto constitucional, promover os valores fundamentais da sociedade ou aperfeiçoar o processo democrático). (PERETTI, 1999, p. 35, tradução nossa)<sup>80</sup>

Como resultados maléficos dessas características destacam-se a identificação dos Tribunais e juízes como portadores de competências para justificar seu processo decisório, afastados dos seus interesses, preconceitos e pontos de vistas individuais ou de grupos. Tal como se os Tribunais tivessem uma regra nobre a ser exercida nas democracias contemporâneas, a responsabilizarem-se pela inserção da moral e dos princípios democráticos nos regimes políticos (VIEIRA; GLEZER, 2017).

A proposta de Peretti (1999) não se limita a uma crítica da neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário, pois existe um elemento propositivo em seu argumento, segundo o qual há espaço para a defesa dos Tribunais como órgãos políticos, porque isso não deve significar uma deteriorização das funções do Poder Judiciário, muito menos deve impedir o reconhecimento dos fundamentos normativos da legitimidade do seu poder, para tanto, o autor recompõe uma proposta de teoria pluralista do poder, diminuindo o protagonismo do Poder Judiciário no exercício das suas funções mais nobres.

Segundo Peretti (1999), tal função possui uma dimensão contributiva ao debate público, a saber, a partir de uma perspectiva pluralista, o Poder Judiciário exerce a função de inserir temas, perspectivas e argumentos que são enriquecedores do debate em uma democracia. Percebe-se, portanto, que o autor identifica falhas no desenvolvimento da Teoria da Constituição contemporânea como também limites no referente ao campo do equacionamento do *judicial review* nas Teorias Democráticas, mas considera que tais problemas são passíveis de serem superados a partir da defesa dos Tribunais como órgãos políticos.

---

<sup>80</sup> “The neutralists believe that there exists an objective theory of constitutional interpretation, which (1) the justices can apply in a neutral manner, (2) the Court must apply in order to protect its legitimacy and insure its survival, (3) successfully reconciles judicial review with democratic values, and (4) enables the Court to play a beneficial “apolitical” role (i.e., protecting principles embodied in the constitutional text, advancing society’s fundamental values, or perfecting the democratic process)” (PERETTI, 2000, p. 35).

A saber, o senso comum compartilhado entre os juristas do Poder Judiciário como um poder contramajoritário não resiste a um olhar mais cuidadoso, pois é reconhecido que os Tribunais também fazem política a partir das suas decisões (GILLMAN, 2004; KRITZER, 2003; SHAPIRO, 1963, 1983, 1986).

Considerando o modelo de democracia madisoniana, importa ressaltar que não é possível estabelecer posições estanques aos seus órgãos componentes. Assim, por mais que as teorias normativas desenvolvam importantes justificativas para desenhos em um sentido X ou Y com funções a serem exercidas pelo controle de constitucionalidade, apenas as análises empíricas sobre o funcionamento dessas instituições podem analisar a produção institucional das instituições jurídicas e como elas se relacionam com os demais poderes da República.

Por isso, o trabalho de Peretti (1999) caminha bem ao indicar a necessidade de superação de uma visão preestabelecida e definitiva do Poder Judiciário e de suas relações com o sistema político, na mesma direção se encaminha o trabalho de Mark Graber (2005b) ao indicar que o desenho final do *judicial review* e suas relações com os demais poderes apenas são aferíveis após a elaboração de relações entre as perguntas fundamentais desse campo de pesquisa, tais como: Quais elementos motivam os atores políticos à judicialização? Sob quais condicionantes institucionais? E como os tribunais respondem a esse acionamento?

Na análise dessa região de fronteira entre a Teoria da Constituição e a Ciência Política, torna-se necessário retomar o papel da Constituição na definição do sistema político, distribuição das competências entre os poderes da República e referencial decisório para os Tribunais a respeito de eventuais conflitos interpretativos sobre a extensão de cada poder.

Uma questão e problema potencializado no desenvolvimento autor-referente das teorias normativas foi a sobrevalorização do contramajoritarismo como função do Poder Judiciário nos Estados contemporâneos. Uma crítica substantiva nessa argumentação é colocada por Graber ao indicar que tal tendência é de pouca valia para a compreensão sobre o funcionamento das instituições jurídicas.

Segundo dados apresentados pelo autor, em muitas situações, nas quais se supõe o exercício contramajoritário do Poder Judiciário, uma análise mais detida vai indicar uma tendência de convergência da decisão judicial com importantes grupos do Poder Legislativo e também da sociedade de modo geral, em tradução livre:

Historicamente, os juízes se engajaram no comportamento contramajoritário clássico apenas naqueles períodos relativamente



breves em que os membros de uma coalizão nacional dominante recém-formada ainda não tiveram o tempo necessário para instalar seus adeptos na bancada. (GRABER, 1993, p. 38, tradução nossa)<sup>81</sup>

Assim, ao invés de reduzir as possibilidades institucionais na classificação de um órgão como majoritário ou contramajoritário, muito mais pertinente é a utilização dessa chave a partir de uma dinâmica de possibilidades de análise da produção de decisões institucionais por parte do Poder Judiciário. A conclusão para esse tipo de construção é a inevitabilidade das pesquisas empíricas para as análises sobre como essas possibilidades foram utilizadas pelo respectivo órgão do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade.

Trata-se do campo de análise sobre o qual a presente pesquisa converge, destacadamente, no reconhecimento de que a decisão judicial é uma forma de manifestação política do comportamento dos principais atores desse campo institucional, ministros individualmente e colegiados, como também que tais decisões constroem e delineiam o modelo do Poder Judiciário na separação dos poderes a partir do seu conteúdo.

Essa tentativa de reconfiguração da análise sobre do controle de constitucionalidade nos sistemas políticos não é exclusiva<sup>82</sup> do trabalho analisado, sendo possível indicar uma corrente de autores que nas mais variadas equações tentam entender de que modo o Poder Judiciário se relaciona com o sistema político a partir de chaves mais amplas de compreensão que não se reduzem a espaços predefinidos entre cada um dos poderes.

Justamente por isso, trabalhos apontam que o estudo sobre o controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido como um estudo de relações entre os poderes, nas quais não existem posicionamentos fixos e predefinidos, mas sim espaços institucionais mais ou menos ocupados a depender do exercício das suas competências:

As normas constitucionais também estão localizadas em noções mais amplas de democracia, soberania popular e estado de direito, bem como várias teorias de justiça, todas inquestionavelmente relacionadas com a nossa tradição constitucional, mas sem qualquer

---

<sup>81</sup> “Historically, justices have engaged in classic countermajoritarian behavior only in those relatively brief periods when members of a newly formed dominant national coalition have not yet had the time necessary to install their adherents on the bench” (GRABER, 1993, p. 38).

<sup>82</sup> Destacamos os trabalhos de Jeremy Waldron (2005), Mark Tushnet (1999; 2012), Mark Graber (2005a, 2005b), entre outros, em diferentes perspectivas de análise.

localização precisa ou definida nela. (FEREJOHN; FRIEDMAN, 1993, p. 833, tradução nossa)<sup>83</sup>

O descortinar desse campo de análise caracteriza-se como inegável desafio, as opções são várias, a primeira hipótese é a manutenção do comportamento majoritário no presente, no qual os dois campos pouco dialogam e por decorrência disso continuam ignorando as dificuldades de tratamento das questões que inevitavelmente surgem. A segunda opção é o tratamento desse campo de análise como subcampo do Direito ou da Ciência Política, ou o reconhecimento de que se trata de uma forma de análise própria e autônoma que não se limita a nenhum dos campos referidos, sendo necessário reconhecimento das dificuldades de tratamento dessas questões, métodos e soluções próprias.

Nesse ponto, Mark Graber encontra-se em um bom caminho quando se refere ao controle de constitucionalidade como algo em construção a partir da interação entre os vários atores políticos, os desenhos institucionais e as decisões das cortes a respeito das questões fundamentais. Segundo o autor, o regime democrático possui questões de tão alta complexidade que é apenas no exercício das competências das instituições e da ação dos atores envolvidos que essas questões serão resolvidas ou acomodadas: “Os méritos democráticos de arranjos institucionais alternativos não podem ser avaliados por motivos puramente processuais”. (GRABER, 2005b, p. 448).

A proposta por esses autores de reconhecimento do controle de constitucionalidade como um campo fronteiro de pesquisa pode ser considerado mais do que uma possibilidade, pois se trata de uma direção com grande potencial de aprimoramento das teorias normativas, de modo que a partir dessas correlações imagináveis seria possível equacionar de que modo as justificações e os fundamentos das instituições poderiam ser aprimorados com a referência das pesquisas empíricas produzidas no campo do Direito ou das Ciências Sociais correlatas.

Assim, torna-se necessário a superação do modelo de separação entre as teorias normativas e as pesquisas empíricas, o que não significa desconsiderar o potencial das teorias normativas do Direito, mas reconhecer que esse campo pode ganhar novos e instigantes horizontes a partir de tal aproximação:

Em suma, a teoria positiva abre um playground virtual para normativas estudiosos em um campo onde pelo menos alguns dos

---

<sup>83</sup> “Constitutional norms also are located in broader notions of democracy, popular sovereignty, and the rule of law, as well as various theories of justice, all unquestionably related to our constitutional tradition but lacking any precise or definite location in it” (FEREJOHN, FRIEDMAN, 1993, p. 833).

debates centrais tornaram-se estultificado. Uma vez que a relação entre política e direito é introduzida foco, uma vez que a ideia de separação nítida é rejeitada, limite granulado menor linhas tornam-se repentinamente aparentes em todos os lugares. Todas essas linhas de fronteira são sujeito a concurso que é parte positivo, mas parte normativo também. A bolsa de estudos positiva revigora o projeto normativo. Em vez de ignorar ou rejeitando a erudição positiva, os estudiosos normativos devem lutar contra ela. (FRIEDMAN, 2005, p. 337, tradução nossa)<sup>84</sup>

Ao considerar essas propostas que implicam mudanças de perspectiva na análise do fenômeno, a literatura denominada de *Law & politics* vai prestigiar a expressão construção do significado da Constituição, em um campo que é compartilhado pelas instituições do sistema jurídico e do sistema político e também por seus principais atores, ao invés de interpretação do significado da Constituição, como uma possibilidade adstrita aos órgãos judiciais (SHAPIRO, 2008).

Com vistas ao desenvolvimento de uma metodologia que abarque essa pluralidade de posições institucionais que podem ser ocupadas pelo Tribunal Constitucional em relação ao sistema político, merece destaque a proposta de Daniel Brinks e Abby Blass (2018) que tem como objeto os desenhos constitucionais pós-ditaduras militares nos países da América Latina.

Ao avançar no reconhecimento do controle de constitucionalidade nos termos aqui desenvolvidos, os autores apresentam o conceito *Constitutional Governance Coalition – CGC* para operar mecanismos de mediação entre as cortes e o sistema político.

Os referidos autores (Brinks e Blass, 2018) partem do pressuposto que existe uma carência metodológica para a compreensão sobre como os Tribunais constitucionais se relacionam com o sistema político, e, por decorrência disso, se é possível indicar limitações nas análises que não destacam e também não tentam superar esse desafio metodológico.

A proposta apresenta duas vantagens, a superação do debate dos Tribunais como órgãos insulados do sistema político, e o reconhecimento de

---

<sup>84</sup> "In sum, positive theory opens up a virtual playground for normative scholars in a field where at least some of the central debates have become stultified. Once the relationship between politics and law is brought into focus, once the idea of sharp separation is rejected, smaller grained boundary lines become suddenly apparent everywhere. All these boundary lines are subject to contest-contest that is part positive but part normative as well. Positive scholarship invigorates the normative project. Rather than ignoring or rejecting positive scholarship, normative scholars ought to grapple with it" (FRIEDMAN, 2005, p. 337).

que os mesmos integram o sistema político e contribuem para a garantia da governabilidade.

A análise ganha muita acuidade quando diferencia dois momentos de análise, a saber, o momento da coalisão originária (*originating coalition* – OC) que ocorre durante as Assembleias Nacionais Constituintes e a promulgação do texto originário, e o segundo momento das coalizões governamentais (*ruling coalition* – RC), referentes às composições posteriores à promulgação da Constituição, suscetíveis de reformas, alterações e mudanças estruturais de toda ordem.

Uma análise aproximada entre esses dois momentos não indica uma relação de continuidade; se focar essa proposta no caso brasileiro, é possível verificar que em 1988 o país recém-saído de um período autocrático, e com um processo de transição democrática problemático, teve na Assembleia Nacional Constituinte um momento de grande expectativa sobre o potencial do novo modelo institucional significar uma superação das dificuldades inerentes a um Estado de formação tardia, periférica e subdesenvolvida. Vários campos do conhecimento e analistas explicitavam esse otimismo, talvez ingênuo, com a possibilidade da Constituição da República Federativa do Brasil ser um marco civilizatório.

Assim, o método proposto visa analisar como países da América Latina inseriram desenhos constitucionais de vieses garantistas em relação aos direitos sociais e de que modo tais desenhos constitucionais foram instituídos, interpretados e reformados nos anos posteriores à promulgação dessas constituições.

No Brasil, a situação não foi diferente, pois é necessário diferenciar o texto constitucional de um manifesto político, ou um conjunto de boas intenções. A Assembleia Nacional Constituinte foi objeto de muita disputa política e competição entre concepções distintas a respeito dos direitos fundamentais, da organização do Estado e o futuro da sociedade brasileira, muito distante de um momento de grande consenso político.

O texto de 1988 é fortemente indicativo disto, amplo, prolixo, não orgânico, gerando efetivamente a sensação que cada grupo organizado, alguns com melhores justificativas do que outros, inseriu os seus direitos, e até mesmo privilégios, no texto constitucional.

Da mesma forma, o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 comprovou análises que indicavam que a história não havia acabado, pelo contrário, grupos que haviam se sentido derrotados na Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988 agiram sistematicamente para a implementação de reformas constitucionais de modo a descaracterizar o projeto inicial, com previsão de direitos sociais e elementos de um Estado Democrático Social e de Direito (BONAVIDES, 2005).

Assim, durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), as propostas neoliberais foram responsáveis por inúmeras alterações no texto constitucional. Nos governos do Partido dos Trabalhadores, de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) e de Dilma Rousseff (2011-2016), também ocorreram substantivas mudanças no texto constitucional, em larga medida na direção restritiva aos direitos fundamentais e ao papel do Estado na garantia dos direitos sociais. Todavia, um marco na apresentação de propostas legislativas dessa natureza foi o afastamento de Dilma Rousseff e ascensão de Michel Temer à chefia do Poder Executivo da República.

Em relação a isso, importa destacar que seria apressado concluir que em nome da política as maiorias de ocasião (RC) teriam preponderância sobre o texto originalmente aprovado e os limites da sua interpretação (OC), visto que, assim, o próprio papel da Constituição nas sociedades contemporâneas estaria em risco, como também dos poderes da República constituídos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Frente a tamanhas mudanças no texto constitucional, e incontáveis formas de submissão dos conflitos políticos ao sistema de controle de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal dificilmente se enquadrariam em uma única posição frente ao sistema político, por exemplo, suscetível de enquadramento como ativista, deferente, ou conceitos nessa ordem.

Isso porque as formas de acesso ao Poder Judiciário têm se apresentado como relevantes no processo decisório (SANTOS, 2021); do mesmo modo a depender dos atores que acionam o controle constitucional, como também os membros componentes do Supremo Tribunal Federal no momento da decisão, do que resulta a pertinência do acompanhamento de metodologias desenvolvidas no campo das Ciências Jurídicas, e também da Ciência Política, que deem conta dessas complexidades e desafios, sem a minoração dos seus riscos.

## **Considerações finais**

Os desbravamentos de fronteiras do pensamento jurídico é missão das grandes escolas do Direito, nesse sentido o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em seus 50 (cinquenta) anos de existência, tem contribuído na formação de pesquisadores, professores e mestres que se somam ao mais elevado nível da pesquisa em ciências jurídicas no Brasil.

Particularmente, a interdisciplinaridade tem sido uma inspiração para o desenvolvimento de verdadeiros campos de conhecimento nas análises que consideram o diálogo entre as ciências como positivo.



No presente texto, enfocamos as relações entre o Direito Constitucional e a Ciência Política como perspectiva para a compreensão dos sistemas institucionais que envolvem o tema controle de constitucionalidade.

Verificou-se que existem diferenças significativas entre os dois campos de análise, mas é possível a partir da identificação dos limites e reconhecimento dos seus potenciais elaborar possibilidades de junção e compartilhamento de saberes, apresentando importantes aportes para a mais adequada compreensão desse objeto de estudo.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRINKS, Daniel M.; BLASS, A. **DNA of constitutional justice of Latin America: Politics, governance, and judicial desing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

FEREJOHN, John; FRIEDMAN, Barry. Toward a political Theory of constitutional default rules. **Florida State University Law Review**, v. 87, p. 825-860, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: The development of theory in the study of judicial behavior. **Political Behavior**, v. 5, n. 1, p. 7-49, 1983.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. **Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches**. Chigago/London: The University of Chigago Press, 1999.

GRABER, Mark A. Constitutionalism and Political Science: Imaginative Scholarship, Unimaginative Teaching. **Perspectives on Politics**, v. 3, n. 1, p. 135-148, 2005a.



GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, n. 1, p. 425-451, 2005b.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. **Studies in American Political Development**, v. 7, p. 35-73, 1993.

INATOMI, Celly Cook. **As análises políticas sobre o Poder Judiciário: lições da ciência política norte-americana**. Campinas: Editora UNICAMP, 2020.

KOERNER, Andrei. **A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)**. Tese (Doutorado em Ciência Política) da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas: UNICAMP, 2015.

MENDES, Conrado Hubner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

SHAPIRO, Martin. Law and politics: the problem of boundaries. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel.; CALDEIRA, Gregory A. **The oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, p. 767-774, 2008.

SHAPIRO, Martin. Political Jurisprudence. **Kentucky Law Journal**, v. 52, p. 294-345, 1963. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2156&context=facpubs>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SHAPIRO, Martin. Recent Developments in Political Jurisprudence. **The Western Political Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 541-548, 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4485832>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. California: Stanford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark V. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.



VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, R. **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.



# A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento

*Denise Pinheiro  
João dos Passos Martins Neto*

## Introdução

A ideia de um direito ao esquecimento, entendido como o direito de exigir que experiências negativas, assim consideradas de acordo com o juízo de valoração do envolvido, que tiveram publicidade lícita no passado não se tornem objeto de novos relatos após o decurso de certo tempo, isto é, não sejam recapituladas e lembradas, fortaleceu-se por meio de farta doutrina e de decisões judiciais de grande repercussão. Para os seus defensores, em suma, fatos que, no passado, foram objeto de informação legítima, poderiam ser impedidos de ter uma nova divulgação, bem como de ter a disponibilidade de acesso mantida, em virtude da ausência de contemporaneidade e pela perturbação na vida atual da pessoa retratada na narrativa.

Diante deste cenário, coube investigar em Tese elaborada e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito CCJ/UFSC<sup>85</sup> se existente no ordenamento jurídico brasileiro um direito com tais características.

Com o objetivo de demonstrar a hipótese de inexistência do direito ao esquecimento, os três objetivos centrais da pesquisa foram o de demonstrar que: 1) o direito ao esquecimento é incompatível com as garantias constitucionais da liberdade de informação jornalística, científica, artística, da livre manifestação do pensamento, da proibição da censura e do acesso à informação; 2) o direito ao esquecimento — cujo reconhecimento é indefensável — não deve ser confundido com o direito ao isolamento, que é uma projeção genuína do direito à privacidade; 3) o direito ao esquecimento, diversamente do que, por vezes, verificou-se juristas defenderem, não foi consagrado pela jurisprudência francesa (especialmente pela Corte de Cassação), de modo que é um equívoco invocá-la para sustentar a plausibilidade das alegações nos processos judiciais que envolvem essa matéria.

O método de abordagem foi o dedutivo, o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa, bibliográfica e documental.

## **7.1 Direito ao esquecimento como limite à liberdade de expressão: conceito**

Cabe iniciar o presente estudo salientando que o objeto a ser examinado é a ideia de um direito ao esquecimento como um limite à liberdade de expressão.

É inegável que o fluir do tempo produz efeitos jurídicos. As consequências da relação entre o tempo e o direito são verificadas, por exemplo, quando se quer prevenir disputas futuras, encerrando-se, no passado, possíveis conflitos por intermédio da anistia e da concessão de graça. O vínculo tempo e direito também é evidenciado em normas que regulam a prescrição, a decadência, o período máximo para o armazenamento de informações em bancos de dados e a reabilitação criminal, com as quais se busca promover estabilização social e segurança jurídica. Uma noção de “esquecimento” pode ser útil e servir como justificativa para esses diferentes institutos jurídicos.

Todavia, a pesquisa circunscreveu-se a uma possível imposição do esquecimento sob o enfoque de restrição à livre manifestação do pen-

---

<sup>85</sup> PINHEIRO, Denise. *Liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. 2016. 287p. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Orientação de João dos Passos Martins Neto, Florianópolis, 2016.

samento. O direito ao esquecimento, quando sustentado para restringir a informação jornalística, histórica, científica ou artística em relação a fatos do passado, reveste-se de características próprias e não se beneficia das razões que justificam a graça, a anistia, a prescrição e a reabilitação criminal. Há, na verdade, uma mistura inapropriada de assuntos<sup>86</sup>.

Portanto, considerado o sentido e o recorte teórico que interessam à presente reflexão, o direito ao esquecimento tem o seguinte conceito: é o direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (ainda disponível e acessível pela internet<sup>87</sup>), um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função da perturbação causada à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela narrativa.

## 7.2 Direito ao esquecimento como limite à liberdade de expressão: doutrina e jurisprudência

A configuração de um direito ao esquecimento como limite à liberdade de expressão não é exatamente recente. Acredita-se que, no Brasil, foi René Ariel Dotti, em 1980, quem o abordou, de forma expressa, inicialmente, na obra *“Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”*.

Dotti (1980, p. 90-92) fez referência ao direito ao esquecimento, valendo-se, principalmente, de duas decisões estadunidenses, o caso *Red Kimono* e o caso *Sidis*, como sendo situações que o exemplificariam adequadamente.

---

<sup>86</sup> Destaca-se, por exemplo, que para as hipóteses de prescrição, decadência, reabilitação criminal há previsão legal expressa. E nada mais necessário que a modificação de direitos pelo tempo seja estabelecida por lei. Outro ponto que merece advertência no que tange às diferenças do esquecimento como obstáculo para a livre expressão é que a lei até pode especificar os efeitos do tempo nas situações indicadas, mas mesmo que não seja mais admissível a propositura de uma ação, que não se possa mais aplicar a reincidência ou não caiba mais a punição, não se pode concluir que é proibido falar sobre o débito prescrito, sobre as pessoas anistiadas ou sobre os reabilitados criminalmente. Assim, não há, ou não deveria existir, a obrigatoriedade do sigilo, do silêncio, do ignorar, do fingir que não existiu. Ainda, cumpre salientar que, na hipótese de negatização de nome em bancos de restrição ao crédito, a informação é sigilosa desde o primeiro instante, ou seja, em regra, desde a origem, o direito à privacidade incidirá.

<sup>87</sup> Embora não se negue a existência de especificidades de um direito ao esquecimento digital (portanto, quando a questão concentra-se no ambiente da *internet*), entende-se que o pano de fundo de um desejo de as pessoas serem esquecidas e de não terem o seu passado rememorado por uma comunicação é o mesmo, independentemente do formato em que a discussão é gerada, seja mídia impressa, de rádio, de televisão, cinematográfica, literária, digital etc. O cenário diferente não é argumento suficiente para cindir o estudo, que deve se concentrar na fluência temporal como um possível obstáculo à livre expressão independentemente do veículo que se pretende promover a comunicação. Por este motivo, defende-se a importância de uma análise conjunta dos elementos essenciais sobre o tema..

Além disso, com base na jurisprudência francesa, Dotti (1980, p. 90-92) indica que foi no caso Marlene Dietrich, julgado pelo Tribunal de Paris, que o direito ao esquecimento foi reconhecido expressamente, tendo sido ligado à ideia de vida privada, a qual pertenceria ao patrimônio moral do indivíduo, afastando a possibilidade de publicações sem autorização expressa e inequívoca.

Paulo José da Costa Júnior é um nome recorrentemente citado quando o tema é o direito ao esquecimento, embora não tenha tratado expressamente sobre ele em sua obra *“O Direito de estar só – tutela penal da intimidade”*, publicada em 1995. No entanto, ao falar das limitações à intimidade, afirma que é lícita a divulgação de imagem de um evadido do cárcere, porém não é justificada a publicação de fotografia de um condenado, que já recebeu sua pena e que não merece tê-la agravada diante de uma divulgação desnecessária (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 46). E esta é a afirmação que costuma ser referida como um suporte doutrinário para o direito ao esquecimento.

Porém, nos últimos anos, o tema passou a receber maior destaque, tendo sido observado um cenário de expansão favorável ao direito ao esquecimento, o que se identificou na doutrina, em decisões judiciais<sup>88</sup>, que receberam ampla repercussão, e também em decorrência da utilização massiva da internet e dos impactos inevitáveis por ela produzidos na circulação e acesso das informações.

A proteção do indivíduo, mediante o direito ao esquecimento, angariou muitos defensores, com o propósito de impedir que informações relativas a experiências, geralmente negativas, do passado sejam rememoradas, causando danos ao alvo da narrativa, ainda quando relacionadas a um fato verdadeiro, público e divulgado, na origem, lícitamente.

A doutrina brasileira apoiou-se, essencialmente, em três linhas de pensamento em defesa do direito ao esquecimento: 1) autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana (LIMA, 2014, p. 9-11); 2) direito ao esquecimento como uma faceta atual do direito à privacidade (BUCAR, 2013; SCHREIBER, 2013, p. 170/172); 3) autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação (CRUZ, 2014, p. 7/10), destacando-se, inclusive, dignidade, privacidade, imagem, e também situações jurídicas ligadas à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados etc.

---

<sup>88</sup> Com destaque para as decisões do Superior Tribunal de Justiça relativas aos casos “Chacina da Candelária” (REsp nº 1.334.097/RJ) e “Aída Curi” (REsp nº 1.335.153/RJ), ambos relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma.



No Brasil, à época do desenvolvimento da tese, defendida em 2016, eram mínimas as vozes a questionar tamanha restrição à liberdade de expressão.

Em outros países, o direito ao esquecimento, igualmente, encontrou apoio na doutrina (MANTELEIRO, 2013, p. 229-235; OST, 2005, p. 161; COSTAZ, 1995, p. 961; LETTERON, 1996, p. 407/419; SÉNAC, 2012, p. 1156; LEPAGE, 2001, p. 2079; CARON, 2003, p. 1715; PAULIK, 2004, p. 14).

O tema ganhou amplitude no Brasil, especialmente, com duas decisões do STJ, em 2013, relativas aos casos “Chacina da Candelária” (REsp nº 1.334.097/RJ)<sup>89</sup> e “Aída Curi” (REsp nº 1.335.153/RJ)<sup>90</sup>.

Pela primeira vez, um tribunal superior brasileiro reconheceu expressamente a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional, aplicando-o e dispondo ser correta a condenação ao pagamento de uma indenização, em decorrência de ter sido rememorado o passado, o que acabou por alcançar grande projeção e, conforme se registrou, deu grande fôlego aos que defendem a sua existência.

Os julgados “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” (Brasil) uniram-se, então, a casos notórios de outros países, com ênfase para o “Lebach” (Alemanha)<sup>91</sup> e “Landru” (França)<sup>92</sup>.

Entretanto, cumpre destacar que o STF, em 11/02/2021, julgou, em sessão plenária, o Recurso Extraordinário nº 1.010.606, apreciando o

<sup>89</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1.334.097/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2013.

<sup>90</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2013.

<sup>91</sup> O caso Lebach (nome de uma cidade da Alemanha), normalmente, é invocado pelos defensores do direito ao esquecimento no Brasil. Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99/102) sintetiza-o esclarecendo tratar-se de uma situação em que a emissora de televisão ZDF estava prestes a exibir o documentário “O assassinato de soldados em Lebach”, o qual retomava a história de um crime que culminou na morte de quatro sentinelas de um depósito de munições do exército alemão, quando, um dos condenados, que seria retratado na transmissão (com a indicação de seu nome e apresentação de fotos) e estava em vias de ser libertado, com fulcro, especialmente, na ameaça de sua ressocialização, requereu a proibição da exibição. O Tribunal Estadual e o Tribunal Superior Estadual negaram o pedido de medida cautelar. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, concluiu que do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de veiculação do documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar o reingresso do autor à sociedade. Importante salientar que, em 1969, quando o latrocínio foi perpetrado, o crime teve grande apelo junto ao público, com grande cobertura da imprensa. Os dois principais acusados, em 1970, foram condenados à prisão perpétua, e a pena do que tentou impedir a veiculação do documentário foi de seis anos de reclusão por sua participação nos atos preparatórios da ação (SCHWABE, 2005. p. 489). No caso Lebach, como se vê, o objeto da demanda concentrou-se na censura prévia e não no pagamento de verba indenizatória.

<sup>92</sup> O caso Landru será examinado a seguir.

tema nº 786 da repercussão geral, reconhecendo a incompatibilidade com a Constituição de um direito ao esquecimento. Na sequência, dar-se-á maior detalhamento sobre essa importante decisão.

As decisões do STJ registram que se valeram de precedentes de direito comparado, os quais demonstrariam a consagração do direito ao esquecimento nos Estados Unidos, na Alemanha e na França.

Contudo, é preciso apontar algumas atualizações aos precedentes apresentados.

Do direito norte-americano, é citado o caso *Melvin vs. Reid* (1931), Tribunal de Apelação da Califórnia, como uma hipótese de reconhecimento explícito do direito ao esquecimento vinculado à privacidade. Entretanto, esta orientação da Suprema Corte da Califórnia foi superada em 1971. Lewis (2011, p. 94-95) esclarece que o entendimento atual é que *“a imprensa pode chamar atenção de forma verídica para fatos antigos, por mais embaraçosos que sejam”*, que *“a cultura jurídica americana tal como é hoje não aceitaria a proibição da publicação de fatos que já fossem de conhecimento público”* e que *“uma vez conhecido, nenhum fato da vida privada pode ser enterrado”*.

Igualmente, o STJ fundamentou-se no caso *Lebach*, célebre caso de direito ao esquecimento da jurisprudência alemã, também já referenciado.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2013), porém, informa que houve um caso *“Lebach II”*, em 1999, mas, nesta ocasião, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não impediu a apresentação do programa. O autor esclarece que, em 1996, outra televisão alemã produziu uma série sobre crimes históricos, dentre eles o caso *Lebach*, e houve nova tentativa de impedir a veiculação, no entanto, desta vez, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que, diferentemente da transmissão do programa na década de 70, a série dos anos 90 não tinha teor sensacionalista e os riscos à ressocialização dos condenados haviam sido minorados consideravelmente, além de apontar para a forte violação a um direito fundamental que se dá quando ocorre a proibição de um programa.

Porém, no desenvolvimento da tese, um dos objetivos principais foi o de dedicar um momento para a investigação da jurisprudência francesa<sup>93</sup> e refletir acerca do tema sob o ângulo de dois países, Brasil e França, especialmente, a partir de cortes superiores, respectivamente, Superior Tribunal de Justiça e Corte de Cassação.

A justificativa deste estudo foi demonstrada por dois motivos: o primeiro é que é habitual informar que a França consagrou um direito ao esquecimento (inclusive o fazem as decisões do STJ), aqui examina-

<sup>93</sup> Deve-se advertir que a presente pesquisa não tem a ousadia de afirmar que se valeu do método comparado, muito menos há a pretensão de esgotar o estudo do direito ao esquecimento na França.

das, mediante a citação dos autores François Ost e René Ariel Dotti, que apontam julgados franceses), informação da qual se discorda; o segundo decorre de se acreditar que muitos dos problemas associados à existência de um direito ao esquecimento já foram, por lá, discutidos (principalmente, considerando-se o pioneirismo do país no debate e, destacando-se, conseqüentemente, a importância histórica do estudo do caso Landru).

As decisões francesas, citadas pelo STJ em favor do reconhecimento do direito ao esquecimento (caso *Mme. Filipachi Cogedipresse*, de 20 de abril de 1983, do “Tribunal de última instância de Paris”<sup>94</sup> (sic) e a decisão do caso *Marlene Dietrich*<sup>95</sup>, julgado pelo Tribunal de Paris), não retratam o estado atual da jurisprudência francesa, especialmente se for considerado o posicionamento da Corte de Cassação.

Há alguns casos franceses notórios que acabaram por condensar importantes discussões envolvendo direito ao esquecimento e liberdade de expressão.

Desse modo, da jurisprudência da Corte de Cassação cabe destacar a decisão do caso (*affaire*) “*Madame Monanges contre Kern et Marque-Maillard*” (1990) que firmou o posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento.

E abriu-se espaço para o estudo de outras, que não foram proferidas pela Corte de Cassação, com destaque para o caso Landru (1965), estudado pela sua importância histórica. Foi a primeira vez que, na França, a expressão direito ao esquecimento (*droit à l’oubli*) foi utilizada e arrisca-se a dizer ser este o momento da sua origem<sup>96</sup>.

Conforme se extrai do acórdão do *Tribunal de Grande Instance de La Seine*, de 04 de outubro de 1965<sup>97</sup>, a autora da ação valeu-se da expressão “*la prescription du silence*” (prescrição do silêncio).

Esta decisão é de fundamental importância para o estudo do “direito ao esquecimento”, pois foi a partir deste acórdão que, pela primeira vez, na França, falou-se em “*droit à l’oubli*”, expressão cuja autoria se atribui

---

<sup>94</sup> Em uma citação da obra “*O tempo do Direito*”, de François Ost. (OST, François. *Op. Cit.*)

<sup>95</sup> Em uma citação da obra “*Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação – possibilidade e limites*”, de René Ariel Dotti.

<sup>96</sup> Na tese, foi oferecido um detalhamento do caso também por se tratar de decisão de difícil acesso no Brasil.

<sup>97</sup> França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, *J.C.P.* 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

a Gérard Lyon-Caen, o que faz com ele seja referência obrigatória quando se aborda o tema<sup>98 99</sup>.

Observa-se, portanto, que Gérard Lyon-Caen defende expressamente a existência de um direito ao esquecimento e é o primeiro a fazê-lo na França, porém, reconhece que não caberia ter sido invocado no caso concreto.

Em grau de recurso, a *Cour d'Appel* de Paris, em 15 março de 1967, reformou a decisão do *Tribunal de Grande Instance de la Seine*, afastando a responsabilidade da sociedade produtora, concluindo que a demanda de Segret era destituída de fundamento<sup>100</sup>.

Outro importante caso é o “*Madame M. contre Filipacchi et Société Cogedipresse*” (1983)<sup>101</sup>, também apresentado pelo aspecto histórico, pois foi nele que um tribunal francês (*Tribunal de Grande Instance de Paris*), pela primeira vez, consagrou o direito ao esquecimento. Aliás, este é o caso assinalado nas decisões do STJ<sup>102 103</sup>.

Por fim, destaque para o *Affaire “Madame Monanges contre Kern et Marque-Maillard”*<sup>104</sup>, pois é a partir dele que se pode firmar que a Corte

<sup>98</sup> Na França, é habitual que as publicações oficiais das decisões sejam acompanhadas de análises de juristas, especialmente de professores de universidades. É o caso do estudo deste acórdão, em que Gérard Lyon-Caen formulou a expressão “*droit à l'oubli*”, desenvolvendo, conseqüentemente, a primeira análise sobre ele.

<sup>99</sup> O comentarista da decisão do *Tribunal de Grande Instance de La Seine* demonstra dificuldade em compreender o sentido do pleito de “*la prescription du silence*” e, nos últimos três parágrafos de sua análise, ele questiona se o “*droit à l'oubli*” não teria sido um fundamento mais exato para o caso, respondendo que o julgamento deveria mesmo ter se concentrado na lembrança de um período distante, talvez já esquecido, ainda que se tratasse da amante de Landru, pois, já envelhecida, ela teria conquistado um direito ao silêncio em relação às loucuras de sua juventude, como um condenado que já purgou a sua culpa, o que, afirma, entretanto, não poder ser invocado pela autora, justamente, pelo fato de ela mesma ter publicado as suas memórias.

<sup>100</sup> Reproduz-se o seguinte trecho do acórdão: “Se cada um tem, a princípio, o direito de se opor à divulgação de fatos de sua vida privada, este não é o caso de quando estes já foram legalmente publicados e não se identifica qualquer culpa nas circunstâncias de uma nova divulgação. Uma sociedade produtora não viola o segredo que deve proteger a vida privada de alguém que foi a amante de um criminoso célebre, quando esta pessoa havia anteriormente, por diversas vezes, tentado publicar suas memórias, o que prova que ela não aspirava que se fizesse silêncio sobre este período da sua existência. (...) A designação desta pessoa pelo seu nome, não constitui um atentado ao direito que ela possui ao seu nome.” (França. CA Paris, 15 mars 1967, *J.C.P.* 1967, II, 15107, note Lindon).

<sup>101</sup> A decisão não revela o nome da autora, apenas fazendo referência à “*Madame M... contre M. Filipacchi e Société Cogedipresse*”.

<sup>102</sup> A decisão não revela o nome da autora, apenas fazendo referência à *Madame M... contra M. Filipacchi et société Cogedipresse*.

<sup>103</sup> Decisão citada nos acórdãos examinados do STJ (caso “chacina da candelária” e caso “Aída Curi”).

<sup>104</sup> França. Cass. Civ. 1re, 20 novembre de 1990, Mme Monanges c. Kern, *J. C. P.*, 1992. II. 21908, Note Ravanans. Ou: França. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 nov 1990, 89-12.580, Publié au bulletin. *Affaire Madame Monanges c. Kern et Marque-Maillard*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025328&fastReqId=1356475608&fastPos=1>>.

de Cassação da França estabeleceu o posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento.

### **7.3 A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento no direito brasileiro**

Investigar o passado é um desejo e uma necessidade humana, que somente podem ser atendidos em um ambiente de expressão livre. A liberdade de expressão como direito fundamental de comunicação e de acesso à informação é o único meio para a satisfação de referido anseio. É mediante as descrições prosaicas transmitidas entre as gerações, assim como por intermédio da ciência, da história, do jornalismo, das artes audiovisuais e literárias que as memórias vão sendo construídas.

Não há qualquer dúvida que a configuração de uma sociedade plural, democrática, questionadora e transparente está ligada intrinsecamente a um espaço de livre expressão, de comunicação, onde se buscam informações, apresentam-se dados, ideias, críticas e opiniões, produz-se arte, cultura e conhecimento, mediante o uso da palavra oral e escrita e também por outros mecanismos de expressão, como gestos e comportamentos.

Pode-se dizer que a liberdade de expressão é um direito, de ordem individual e coletiva, cujos sujeitos são o emitente da comunicação e o destinatário dela, e que tem por objeto a proteção da manifestação de ideias, dados, opiniões, críticas, concepções, mediante a linguagem oral, escrita, gráfica, gestual, bem como através de sons e imagens, incluindo-se, ainda, o silêncio.

Não é difícil constatar que o Brasil tutela a possibilidade de comunicações versarem sobre fatos do passado que se tornaram públicos licitamente. A Constituição da República é enfática ao assegurar a plena liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º) e ao garantir a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV). É peremptória ao proibir toda e qualquer espécie de censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 3º) e ao vedar o condicionamento da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX) a um sistema de licenciamento.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma explícita sobre a centralidade da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito,

merecendo destaque as decisões proferidas no julgamento da ADPF nº 130<sup>105</sup> e da ADI nº 4815<sup>106</sup>.

Não há, além disso, nenhum dispositivo constitucional ou legal que faça previsão expressa de um “direito ao esquecimento” como um fator limitante da liberdade de expressão, seja nomeando-o como tal ou mesmo estabelecendo a proibição da comunicação de um fato em função de ele “pertencer” ao passado.

Após períodos de exceção, a opção deve ser sempre pela abertura, pela liberdade, pela informação. As decisões do STF, como já salientado (especialmente na ADPF nº 130 e na ADI nº 4815), mostram-se atentas à importância da liberdade de expressão e aos reflexos negativos de sua potencial restrição. Também é de certo modo tranquilizador que a legislação brasileira tenha nos últimos tempos privilegiado a informação e a transparência, por intermédio, por exemplo, da Lei do Habeas Data (Lei nº 9.507/1997), Lei de Acesso à Informação (Lei nº **12.527/2011**), Lei do Marco Civil da internet (Lei nº 12.965/2014, com destaque para o art. 3º, I que trata sobre a liberdade de expressão) e a criação das Comissões da Verdade, Nacional e Estaduais, oferecendo suporte para não se acreditar na consagração, ao menos expressa, de um direito ao esquecimento. Trata-se de um Brasil distante daquele que foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e outros”<sup>107</sup>, justamente por restringir a informação sobre as circunstâncias do desaparecimento das vítimas da Guerrilha do Araguaia.

É improcedente afirmar que o reconhecimento do direito ao esquecimento não prejudicará a dimensão coletiva, que a memória e a história restarão íntegras, e que liberdade de expressão, artística e científica não serão violadas. Tal argumento fundamenta-se na premissa de que o direito ao esquecimento tutela o indivíduo, atingindo tão somente fatos destituídos de interesse público. Contudo, não existe história apenas com “personagens principais” e circunscrita aos “grandes feitos”. É inadmissível cogitar de verdades absolutas ou endossar uma história oficial, bem como limitar narrativas, impondo a supressão de fatos, nomes e imagens sob o argumento de que um dado evento não tem caráter histórico ou de que o relato alcança personagens periféricos.

Não há dúvida de que podem existir manifestações ou condutas (praticadas com o uso da linguagem) violadoras de direitos. Por outro lado, não é porque o fato ocorreu no passado que tudo poderá ser revelado.

<sup>105</sup> BRASIL. STF. ADPF nº 130. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgamento em 30/04/2009.

<sup>106</sup> BRASIL. STF. ADI nº 4.815. Rel. Ministra Carmen Lúcia. Plenário. Julgamento em 10/06/2015.

<sup>107</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>.



A Constituição do Brasil, assim como tutela a liberdade de expressão, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X) e estabelece que, em tais casos, é devida a indenização por dano material, moral ou à imagem, além de se assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, IV). A relação entre tais direitos e a liberdade de expressão é, de fato, complexa. Porém, o direito ao esquecimento é um instrumento de proibição da retomada de um assunto sobre o qual já houve publicidade lícita. A celeuma surge com o fluir do tempo, que teria o condão de tornar o publicável em impúblicável, fazendo desaparecer a tutela da comunicação.

Trata-se de um direito de difícil assimilação, pois da pretensão, aparentemente nobre e inofensiva, de proteger o indivíduo de seu próprio passado, de poupá-lo das lembranças de experiências negativas pretéritas (assim por ele subjetivamente consideradas)<sup>108</sup>, gera-se um dever de esquecer, cuja violação dá origem a uma sanção correspondente à censura prévia ou à condenação ao pagamento de indenização, sendo ambas as respostas estatais causadoras do que os anglo-saxões chamam de *chilling effect*, ou seja, de um efeito dissuasivo, inibindo a livre manifestação do pensamento.

A informação sobre fatos do passado, anteriormente já divulgados de forma lícita, seja através de um livro, de um filme, de uma matéria jornalística nova ou republicada (ou que permanece disponível na internet), traduz-se simplesmente em exercício regular de direito. Nesse caso, à luz dos princípios mais elementares da responsabilidade civil, não há como cogitar de antijuridicidade, pois inexistente violação a direito alheio. Tampouco há ilicitude e culpa, seja pela ausência de antijuridicidade, seja porque a abordagem de eventos pretéritos divulgados de acordo com a ordem jurídica não destoa de um padrão médio de comportamento, mostrando-se desnecessário, inclusive, qualquer exame relacionado ao dano. O envolvido no evento do passado até pode alegar um abalo psicológico ou impactos negativos em seu patrimônio, mas não serão indenizáveis, pois inexistente fato gerador de uma obrigação reparatória.

Ainda, é imprescindível separar situações distintas que vêm sendo tratadas como similares. Divulgar fatos que já tenham se tornado públicos no passado é hipótese evidente de um exercício regular de direito, não provocando lesão ao direito à privacidade pelo mero decurso do tempo, o que reforça a tese aqui sustentada de que inexistente um direito ao esquecimento. Já o direito ao isolamento garante ao indivíduo a prerrogativa de impedir a veiculação de informações atuais sobre a pessoa envolvida,

---

<sup>108</sup> Repita-se, sob o ponto de vista do narrado, pois aos olhos de outrem, aquilo que perturba, inco-  
moda, envergonha o retratado pode até ser considerado um grande acerto e não um erro do passado.

que não tenham conexão com o evento notório do passado. Dessa forma, é preciso distinguir o direito ao esquecimento, que não é dedutível do sistema jurídico brasileiro e o direito ao isolamento, que é projeção singela do direito à privacidade<sup>109</sup>.

Não obstante a importância da conexão com o passado, o direito brasileiro ofereceu espaço para o fortalecimento da ideia de um direito ao esquecimento, o que se refutou na presente pesquisa desenvolvida em tese de doutoramento defendida em 2016. Com grata surpresa, em 2021, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, de forma enfática conteve o avanço de direito com tais características, fixando a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

E, com grande satisfação, verificou-se que o estudo desenvolvido na tese contribuiu, de algum modo, para o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela linha decisória adotada, seja por referência direta no corpo do acórdão à nossa pesquisa desenvolvida perante o PPGD CCJ/UFSC.

## Considerações finais

Como se apresentou, de acordo com a ideia de um direito ao esquecimento, o sujeito, alvo de uma narrativa, teria o direito de não ver lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (disponível e acessível pela internet), um fato do passado, embora entendido como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função da perturbação causada à sua vida presente. Assim, a não atualidade e a ausência de interesse acerca dos fatos<sup>110</sup> seriam suficientes para fazer

---

<sup>109</sup> Esta ideia foi inicialmente apresentada no artigo: MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 19. N.3, p. 808-838. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>>.

<sup>110</sup> Como se chegar a esta conclusão?

com que a comunicação se tornasse violadora de direito, transformando o lícito em ilícito, ainda quando os elementos abordados permanecessem sendo absolutamente os mesmos de outrora.

A pesquisa desenvolvida na tese, contudo, defendeu a inexistência de um direito com tais características no direito brasileiro, bem como, sustentou que, apesar de os seus defensores provocarem interessantes reflexões<sup>111</sup>, os estudos favoráveis a ele mostraram-se deficitários para regular as pretensões por ele mesmo geradas.

Desse modo, é interessante concluir este estudo, salientando-se alguns aspectos:

- a. O direito ao esquecimento parte da ocorrência de um evento que se tornou público lícitamente;
- b. A redivulgação é que é tratada como ilícita, impactando negativamente a vida atual do personagem retratado, segundo, frise-se, a ótica deste;
- c. As comunicações feitas na origem podem abordar os mais diversos assuntos e fatos, apesar de se ter observado uma predominância de questões criminais;
- d. Verifica-se a existência de um decurso de um lapso temporal, que não foi precisado por nenhum dos defensores do direito ao esquecimento, falando-se apenas em período suficiente para que a informação não seja mais considerada atual (ausência de contemporaneidade);
- e. Fala-se somente em proibir a retomada do assunto, porém sem especificar se a redivulgação é mais ampla, idêntica ou mais restrita do que a originária, ainda que não limitada ao mesmo meio de comunicação;
- f. Embora, dos casos narrados, tenha-se observado que, majoritariamente, o direito ao esquecimento foi invocado pelo sujeito envolvido no episódio, os defensores não estabelecem qual a legitimidade para o pleito;
- g. No que concerne ao direito ao esquecimento digital, em virtude da facilidade do acesso à informação disponibilizada na internet, que, aliás, ocorre, a qualquer momento e de modo pulverizado, especialmente, através de consultas individuais feitas por usuários de provedores de pesquisa, há uma peculiaridade que deve ser salientada: a alegada perturbação na vida presente não depende necessariamente de uma comunicação nova, eis que a permanência

---

<sup>111</sup> Embora se discorde do pensamento dos defensores do direito ao esquecimento, é inegável o impulso que forneceram para o desenvolvimento de uma análise crítica e de formulações teóricas e gerais acerca do tema.

- das informações contemporâneas ao evento, ainda que à época legítimas, tornar-se-iam, igualmente, ilícitas pelo passar do tempo;
- h. Se existente a premissa de se tratar de uma divulgação lícita na origem, imprescindível concluir de antemão que é o caso de uma comunicação protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão, ou seja, uma atuação em pleno exercício regular de um direito, portanto, logicamente, não violadora de privacidade, honra, imagem ou de qualquer outro direito, não tendo a mera passagem do tempo o poder de modificar esta condição;
  - i. A sanção estatal atribuída à violação deste suposto direito corresponde a uma censura prévia, mediante uma tutela inibitória, ou à condenação ao pagamento de indenização, atentando contra a livre manifestação do pensamento e comprometendo a história, a cultura, a ciência, a arte e o jornalismo;
  - j. Há uma grande dificuldade, não resolvida de forma satisfatória pelos que sustentam a existência do direito ao esquecimento, que é a impossibilidade de se saber previamente o que será considerado pelo sujeito envolvido como assunto que deve ser esquecido, revelando-se, tão somente, após a abordagem ter sido realizada, surpreendendo, conseqüentemente, o comunicador. É insuficiente afirmar que se relaciona com as experiências negativas passadas, tendo em vista a dificuldade de se identificar objetivamente o que, sob o ponto de vista do retratado, é erro ou acerto em sua vida;
  - k. O direito ao esquecimento não pode ser confundido com o que se denominou de direito ao isolamento;
  - l. As tentativas de se impedir que o evento do passado seja lembrado, na verdade, tem produzido um efeito inverso, potencializando a discussão. A ideia do esquecimento tem se mostrado, dessa forma, ineficaz;
  - m. O direito ao esquecimento também pode produzir um outro efeito colateral. Ao tolher a liberdade de expressão e pretender cortar a necessária e imprescindível relação desta com o passado e com as memórias, ele não garante que o indivíduo seja libertado do sofrimento que as lembranças lhe podem causar. Na verdade, visto coletivamente, o direito ao esquecimento é aprisionador, pois alimenta um ideal de perfeição que é inatingível, aproximando-se de uma tentativa de se produzir uma representação social da pessoa, com o risco de se conceder a alguns, de forma totalmente subjetiva, o direito de decidir o que pode ser narrado sobre si;
  - n. Por fim, fundamental salientar que, embora haja autores franceses sustentando o direito ao esquecimento, bem como existam prece-

denes judiciais franceses que o reconheceram, isto é insuficiente para se afirmar que o direito da França acolheu-o.

## Referências

BRASIL. STF. ADPF nº 130. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgamento em 30/04/2009.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.334.097/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2013.

BRASIL. STJ. REsp nº 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28/05/2013.

BRASIL. STF. ADI nº 4.815. Rel. Ministra Carmen Lúcia. Plenário. Julgamento em 10/06/2015.

BRASIL. STF. REExt nº 1.010.606/RJ. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgamento em 11/02/2021.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**, ano 2, n. 3, 2013.

CARON, Christophe. A Propos du conflit entre les oeuvres de fiction e la vie privée. **Recueil Dalloz**. 2003. P. 1715.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal de intimidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTAZ, Catherine. Le droit à l'oubli. **Gazette du Palais**. 1995. 2, p. 961.

CRUZ *et. al.* O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7/2014. P. 335. Jan/2014, p. 7/10.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRANÇA. Cass. Civ. 1re, 20 novembre de 1990, Mme Monanges c. Kern, **J. C. P.**, 1992. II. 21908, Note Ravanas. Ou: França. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 nov 1990, 89-12.580, Publié au bulletin. **Affaire Madame Monanges c. Kern et Marque-Maillard.**

FRANÇA. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, **J.C.P.** 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

LEPAGE, Agathe. Droit à l'oubli: une jurisprudence tâtonnante. **Recueil Dalloz.** 2001. P. 2079.

LETTERON, Roseline. Le droit à l'oubli. **R.D.P - Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger.** 2-1996. Paris: L.G.D.J. p. 407/419.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos:** uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 94.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais.** Vol. 946/2014. P. 77. Ago/2014, p. 9-11.

MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a general data protection regulation and the roots of the 'right to be forgotten'. **Computer Law & Security Review.** Vol 29, Issue 3, June 2013, pages 229-235.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento. **Novos Estudos Jurídicos.** Vol. 19. N. 3, p. 808-838. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>>.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 161.

PAULIK, Isabelle. Liberté d'expression par l'image et respect des droit de la personnalité. **Petites Affiches,** 29 Juillet 2004, 151, p. 14.

PINHEIRO, Denise. **Liberdade de expressão e o passado:** desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. 2016. 287 p. Tese. (Doutorado



em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).  
Orientação de João dos Passos Martins Neto, Florianópolis, 2016.

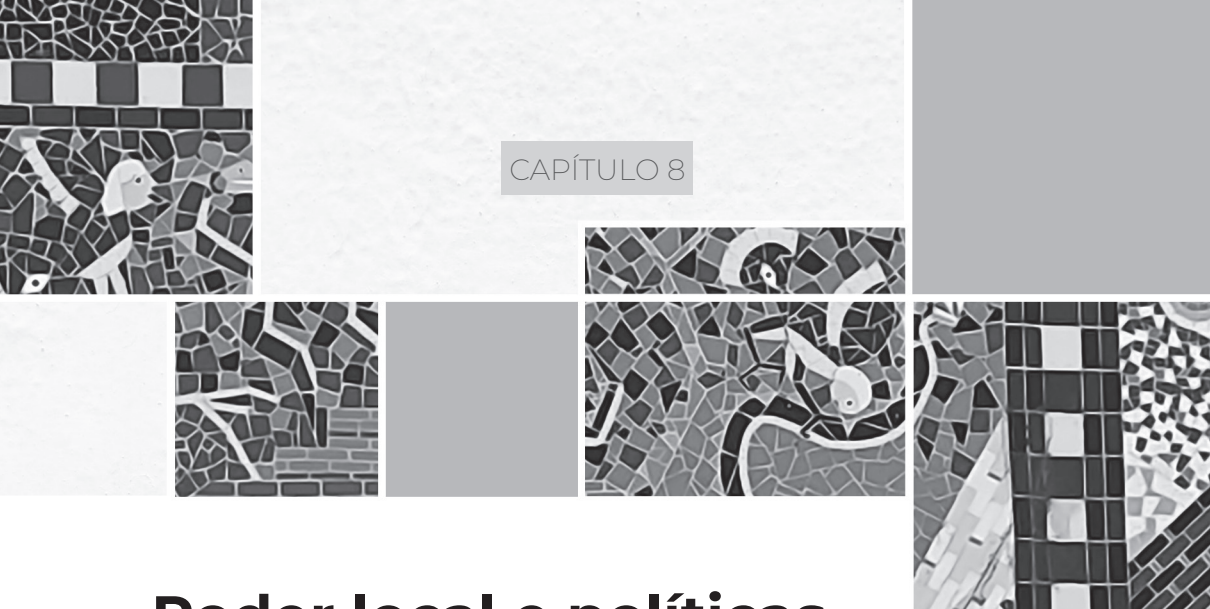
PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170/172.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 489.

SÉNAC, Charles-Édouard. Le droit à l'oubli en droit public. **R.D.P - Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**, 01 juillet 2012 n. 4, p. 1156.



# Poder local e políticas públicas: a emancipação de uma nova cidadania nos municípios brasileiros na luta pela efetivação dos direitos fundamentais

*Janaína Rigo Santin*

## Introdução

As crescentes desigualdades sociais não são apenas eticamente indesejáveis, mas também economicamente insustentáveis, já que aqueles que sofrem com a miséria e a falta de condições dignas de vida também não consomem, acabando por não ser interessante ao próprio sistema capitalista manter por muito tempo tais fragilidades.

A crise social que, na atualidade, se espalha pelo mundo todo — com o desemprego, a violência e a falta de credibilidade das instituições políticas — é atribuída, pelo cidadão comum, à impotência do Estado. Ele sente que o Estado é omissivo em relação às suas necessidades — e aí estão presentes os direitos sociais. É preciso que sejam pensadas alternativas,

a fim de criar condições de reconstituição de um projeto estratégico nacional para que se possa: inserir a economia nacional na economia internacional; definir setores econômicos estratégicos, que deverão ser priorizados, visando atingir padrões capazes de se sobressair dentro da competitividade internacional; definir políticas econômicas de crescimento a longo prazo; e determinar os termos e objetivos das reformas sociais indispensáveis e dos mecanismos a serem alavancados. O Estado não deve retirar-se da cena política. Ao contrário, deve constituir um contraponto, um contrapeso a esta desigualdade, em favor daqueles que são a maioria — os despossuídos e excluídos — na busca de uma igualdade real.

E para criar uma racionalidade político-jurídica geradora de um espaço que favoreça a emergência de novos sujeitos, a presente pesquisa visa discutir novas estratégias que se fundamentem num movimento político capaz de fundir ação política ao modo de vida das pessoas. Oferecer espaços institucionais e não institucionais de provocação à participação dos indivíduos, vinculando seu cotidiano às questões da *polis*. Inserir os espaços públicos em suas diversas conotações em uma nova compreensão de espaço público, capaz de unir a multiplicidade presente na sociedade civil, a fim de fazer com que os excluídos do sistema passem a comunicar-se com os órgãos de poder não mais pela violência, mas pela prática política.

Sugere-se aqui “*formas plurais de estratégias de produção e aplicação do Direito, porém, desde um direito construído a partir da sociedade*” (WOLKMER, p. 95). Trata-se de “*desenhar outras novas formas institucionais, para um Estado que substancialmente não muda há 200 anos*” (GENRO, 1997, p. 38). César Saldanha Souza Júnior (1999) ensina que “*a Democracia, fenômeno cultural, é tridimensional. Ela requer fatos, supõe valores, exige instituições. (...) Então, para a Democracia funcionar (...) no Brasil, como em qualquer outro lugar do mundo, precisa de condições: condições fáticas*” (1999, p. 194). Ou seja, condições sociais, culturais, econômicas, políticas. Precisa condições valorativas:

amor, no sentido do amor divino, que é doação, entrega, aquele que dá a sua vida pelos irmãos. Aquele que é o amor do espírito público do bem comum e do respeito ao próximo. (...) Isso quer dizer que um regime democrático supõe respeito à dignidade da pessoa humana e uma concordância, um consenso em torno destes valores. (SOUZA JÚNIOR, 1999, p. 195)

E precisa instituições políticas adequadas. E é esta a grande deficiência brasileira. O Brasil é um Estado construído de cima para baixo, consequentemente, suas instituições não estão moldadas ao autogoverno, ou governo



do povo (SOUZA JÚNIOR, 1999, p. 194-195). Há uma grande distância entre o mundo político formal e a realidade da vida cotidiana, do povo das ruas. Há poucas organizações ou oportunidades de mobilizar as aspirações do cidadão brasileiro e fazê-lo respeitado. Há uma falta de embate político, na sociedade civil, na busca de seus valores sociais. O grande obstáculo a ser superado é: como vencer a distância existente entre o discurso da cidadania e o seu exercício? Como instrumentalizar a prática efetiva da cidadania num país sem tradição democrática? Como prover o sentimento de solidariedade numa sociedade de tantos opostos? Como permear as instituições tradicionais de mecanismos participativos, possibilitando a conjugação da democracia representativa com a democracia participativa?

Enfatiza-se aqui a participação política, por meio da mobilização das pessoas para a manifestação de seus pensamentos, críticas, ideias, propostas, alternativas. E nesse sentido, a pesquisa aponta que o Poder Local, tido como um espaço de identidade capaz de unir os indivíduos em prol da defesa de interesses comuns, mostra-se como um espaço privilegiado para promover canais capazes de unir sociedade civil e sociedade política em prol de uma gestão pública mais próxima do interesse daqueles a quem ela deve servir: o povo, titular e fonte de todo poder político em um Estado Democrático de Direito (SANTIN, 2010, p. 419-434). É o que se abordará a seguir.

## 8.1 Direitos sociais e emancipação

Na sua maioria, os avanços de direitos sociais e individuais foram historicamente reconhecidos, na proporção direta da participação efetiva e da responsabilidade cidadã permanente. Mas, cidadania não é apenas lutar para conquistar a positivação de direitos. Aquela força social, que se mobiliza para conseguir o reconhecimento de um direito, deve seguir mobilizada para garantir a efetividade de outros direitos. Reconhece-se a mobilização da sociedade civil para a promulgação da Carta de 1988. Entretanto, foram longos anos em que houve a desativação (completa ou parcial) da pressão popular para cobrar que os direitos sociais que se conseguiu positivar, em determinado momento, deixem de ser meros “direitos de papel” para se tornarem realidade. As manifestações populares recentes visaram superar estes longos anos de apatia e, finalmente, reivindicar que os direitos positivados na Constituição de 1988 efetivamente se tornem realidade para o cidadão brasileiro. Muitas delas tiveram êxito no atendimento de suas demandas pelos poderes instituídos da época, mas, infelizmente, o que se percebeu é que nos anos que se seguiram

houve uma desnaturalização das manifestações, acabando por desaguar justamente no que as manifestações iniciais mais se opunham: servir a interesses político-partidários (SANTIN, 2017).

Vive-se no limiar do nascimento de uma nova sociedade humana: a da informação on-line. No âmago desta nova sociedade, está subjacente a sua própria dicotomia de classes: a classe dos que detêm e geram a informação e dos que dela se utilizam tão somente. E informação, em época de globalização e novas tecnologias de informação e comunicação, é PODER. Pertencer à classe dos que geram a informação é deter o poder, é sobreviver. Os demais são apenas receptores, sobretudo os menos capazes de decifrar os sinais e códigos com que a mídia trabalha. A ignorância, e não a falta de capital, é o fator ativo que vai determinar os que são ricos ou pobres dentro deste contexto (SANTOS, 1987, p. 127).

As novas tecnologias de informação e comunicação subtraem o tempo da necessária reflexão por parte do espectador, que se contenta em curtir ou descurtir aquilo que lhe é apresentado pelas redes sociais, sem um senso crítico sobre qual a fonte da informação, se ela tem atributos que possam configurar elementos verossímeis ou se apenas faz parte do algoritmo que faz com que ele permaneça conectado e consumindo informação a partir do seu perfil pessoal. No caso dos veículos de imprensa tradicionais, em especial jornais e revistas, ainda se encontra tempo para amadurecer um dado novo, repensá-lo e decodificá-lo. A notícia passa pelo crivo editorial e pela responsabilidade do veículo de comunicação. Já no sensacionalismo do marketing digital das redes sociais e as “bolhas” produzidas pelos algoritmos que comandam a distribuição das informações pela rede, o objetivo não é necessariamente informar, mas, principalmente, seduzir e manter o sujeito conectado. E nesse sentido, para o fim de tornar a informação mais atrativa, ela acaba perdendo seu caráter de informação, transformando-se em diversão, elemento consumível, que

[no] atual sistema de necessidades socialmente estabelecidas, principalmente baseado no consumo indiscriminado de bens e valores, não precisa de uma ordem social democrática para reproduzir-se. As crenças democráticas terminam convertidas em mercadorias: segue-se apelando ideologicamente às crenças democráticas e ao mesmo tempo se anula o espaço político onde elas poderiam emergir e consolidar-se. (WARAT, 1997, p. 108)

Usando isso, os donos do poder aproximam-se das novas tecnologias de informação e comunicação com intuito de atingir o espectador sem tempo para pensar. Tradicionalmente, não se admitem perguntas, apenas



informação e sedução, explorando, na agilidade, a natural demora de alguém em organizar-se mentalmente para discordar.

As pessoas aceitam o instituído sem um senso crítico (que lhes foi surrupiado pelas imagens), porque as informações entram cotidianamente na vida das pessoas, afetando seu próprio inconsciente, influenciando suas decisões e seus valores. Por sua vez, as redes sociais e seus algoritmos forçam uma identidade fantástica do povo consigo mesmo e do povo com aqueles que definem como se dará o uso do algoritmo. Trata-se de um autismo generalizado, onde a indiferença está a serviço do lucro e do poder. E este é o pior totalitarismo: aquele que trabalha com o inconsciente das pessoas, que entra em suas casas espalhando seu discurso fascinante, anulando o senso crítico e a própria criatividade. Um poder institucional cuja forma de dominação é cultural, exercendo de uma forma de autocontrole que líquida com a democracia.

Ao lado do líder e do partido, ou acima e além deles, coloca-se a mídia, entendida como o emblema de um intelectual coletivo de amplas proporções, espalhado pelo mundo, influenciando mentes e corações (...). É claro que tudo isso subverte as formas tradicionais ou clássicas de organização e ações políticas. O partido, a opinião pública, o exercício do voto, a governabilidade, a estabilidade ou instabilidade de regimes políticos, a magnitude ou irrelevância de fatos sociais, econômicos, políticos e culturais, tudo isso passa a depender, em alguma escala, da forma pela qual a mídia descreve e interpreta a realidade. (IANNI, 1997, p. 106-108)

Octávio Ianni (1997) já denunciava o poder dos *mass media* na formação do consenso. Porém, em pleno século XXI o poder das *big techs*, que dominam as redes sociais e passam a substituir os meios de informação tradicionais, manipulam-se desejos e ampliam-se espectros de verdades disponibilizadas conforme as ideologias de quem as está consumindo. Entretanto, sabe-se que a democratização do acesso às informações é fundamental para a democratização da participação política. Verdades manipuladas são espectros de realidade que, com efeito, negam a verdade, negam o direito à informação e, por sua vez, falseiam as escolhas democráticas. A democracia renovada, não manipulada, depende necessariamente da igualdade que, atualmente, tem o nome insuportável, para os detentores das novas tecnologias de informação e comunicação: inclusão.

Nesse contexto, só há uma saída: EDUCAÇÃO. A independência pressupõe a capacidade de autogestão do próprio crescimento, o que é grande-

mente dificultado pela inexistência de uma educação que preencha o duplo aspecto da quantidade e qualidade. Hoje, reduz-se ao aspecto informação/reprodução de uma cultura que, ao não ensinar a pensar e expressar ideias, serve para dissolvê-la e manipulá-la. Há uma grande desigualdade social que exclui, da cidadania, parte considerável da população.

Cidadão é quem se capacita a conceber e realizar projeto próprio de desenvolvimento. Onde campeia o analfabetismo político, não medra a cidadania, porquanto não se dão condições suficientes de 'ler criticamente' a realidade social, e, a partir daí, construir alternativas. (...) A alma da ideologia dominante se expressa na pretensão de convencer aos desiguais que não são, ou o são por fatalidade imutável. Aí procura-se reproduzir a falsa consciência da desigualdade apenas estrutural, invariante. Mas não se explica por que os desiguais não teriam qualquer outra chance histórica. Ou por que os iguais só podem ser sempre os mesmos. A ideologia dominante quer adesão, e de preferência a inconsciência, porque então o problema político-histórico sequer se põe. Neste sentido, a ideologia dominante tem como confrontante temível a emancipação dos desiguais. (DEMO, 1990, p. 53-72)

Romper com os mecanismos de dominação, recuperar espaço político, tornar mais equitativa a distribuição do poder: eis uma tarefa. Entretanto, para que isso ocorra, é preciso uma revolução social, política e cultural na forma como as pessoas encaram os outros e a sua posição no contexto de inserção política numa sociedade. É preciso desenvolver um sentimento de pertencimento, de autonomia, de solidariedade e de interesse com os problemas locais. Que podem e devem influir no contexto em que vivem, no seu cotidiano, para melhoria, não só de sua própria vida, mas da comunidade como um todo e, então, substituir a lei da concorrência e da individualidade pela lei da solidariedade. Atuar de maneira estratégica naqueles canais institucionais que são abertos à participação popular, como as audiências públicas para discussão das peças orçamentárias e os conselhos municipais para a formulação das políticas públicas, a fim de pleitear a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 ao maior número de indivíduos.

Mas, tal transformação só se efetivará se, anteriormente, ocorrer uma revolução pedagógica, no sentido de um ensino humanista e libertador, a fim de instigar as pessoas a influir no contexto social em que vivem e a buscar coletivamente o bem comum. Tal revolução parte, como ensina Paulo Freire (1998), de dois momentos distintos.





O primeiro, em que os oprimidos vão desvelando o mundo da opressão e vão comprometendo-se, na práxis, com sua transformação; o segundo, em que, transformada a realidade opressora, esta pedagogia deixa de ser do oprimido e passa a ser a pedagogia dos homens em processo de permanente libertação. Em qualquer destes momentos, será sempre a ação profunda, através da qual se enfrentará, culturalmente, a cultura da dominação. No primeiro momento, por meio da mudança na percepção do mundo opressor por parte dos oprimidos; no segundo, pela expulsão dos mitos criados e desenvolvidos na estrutura opressora. (FREIRE, 1998, p. 41-42)

### **Ainda, complementa sua ideia da seguinte forma:**

(..) se faltaram condições no nosso passado histórico-cultural, que nos tivessem dado, como a outros povos, uma constante de hábitos solidaristas, política e socialmente, que nos fizessem menos inautênticos dentro da forma democrática de governo, restava-nos, então, aproveitando as condições novas do clima atual do processo, favoráveis à democratização, apelar para a educação, como ação social, através da qual se incorporassem ao brasileiro estes hábitos. (FREIRE, 1996, p. 102)

**Não se educa para a cidadania mantendo as pessoas passivas, dependentes de quem sabe mais, desinformadas de seus direitos e deveres. Uma educação comprometida com a cidadania fornece instrumentos para o resgate das dívidas sociais que retardam a conquista de um mundo mais humano.**

Para superar a crise de governabilidade, dignificar o serviço público e submeter a política econômica dos mercados ao controle social que proteja o bem comum, é fundamental formar homens e mulheres com vocação política, para que se entreguem com eficácia à construção de Estados nos quais seja assegurada a dignidade de todos e atendidas as necessidades dos pobres. (CARTA DOS SUPERIORES PROVINCIAIS DA COMPANHIA DE JESUS DA AMÉRICA LATINA, 1996, p. 33)

**O mercado já deu inúmeras mostras de que não é capaz, por si só, de solucionar a questão social brasileira. Ao contrário, só tende a agravá-la. E o Estado, em crise, também demonstra incapacidade em garantir plenamente a efetivação dos direitos fundamentais. É preciso uma mobilização**

popular; que inicie na esfera local de inserção do indivíduo, para que, através dos mecanismos institucionais de participação cidadã, sejam pleiteadas as mudanças que trarão o bem-comum para a comunidade, otimizando a aplicação dos recursos públicos e fiscalizando a atuação dos governantes.

A população urbanizada é organizável, e os espaços locais podem abrir uma grande oportunidade para a sociedade retomar as rédeas do seu próprio desenvolvimento. O mundo urbano moderno está literalmente fervilhando com as novas iniciativas de organização social e com as novas tecnologias urbanas. Desde as iniciativas pioneiras de Lajes, passando a experiências consolidadas com as formas descentralizadas de gestão de saúde, a elaboração participativa dos orçamentos municipais, particularmente amadurecidas em Porto Alegre, os terminais de Londrina que permitem a qualquer cidadão controlar as despesas da cidade, a recuperação do centro de Recife em parceria com os diversos atores sociais da cidade, as experiências de educação na cidade de São Paulo, o sistema de garantia de renda mínima em Campinas, os sistemas descentralizados de gestão em Santos, assistimos a um processo onde as cidades aboliram a visão de administrações limitadas à cosmética urbana, e buscam parcerias e novas reengenharias sociais para recuperar o seu espaço econômico, a cidadania local. (DOWBOR, 1996, p. 68)

Para Milton Santos (2001), é fundamental a emancipação da cidadania e a colaboração da Universidade com os canais institucionais de poder político na elaboração de novos modelos. Mas afirma que esta emancipação será tanto mais rápida e eficaz quanto mais ela for incentivada e dotada de mecanismos para entender o papel do cidadão no contexto social. Dessa forma, o Poder Público, na pessoa do

prefeito de uma cidade grande, primeiro ajudaria a criar nos próprios organismos de planejamento, ou paralelamente a eles, grupos de estudo com independência, para abastecer de ideias surgidas a partir desse novo e encorajar pesquisas na Universidade, que cada vez menos é o lugar da pesquisa do novo. A Universidade é cada vez mais requisitada, solicitada, a reproduzir modelos velhos. Isso pela maneira de como a pesquisa é estimulada e financiada. (...) O que falta é aumentar a consciência desses fatos todos, de modo a reduzir o jogo atual de cabra cega. O que é um trabalho, em primeiro lugar, dos intelectuais, dos para-intelectuais. Esse termo não é pejorativo. É para-intelectual o intelectual preocupado com resultados. E o



intelectual não tem que estar preocupado com isso. É também um trabalho dos políticos, mas também dos não-políticos, porque as instituições limitam o debate. (SANTOS, 2001, p. 4-7)

Assim, conceber o Poder Local enquanto processo de gestão democrático-popular de garantia dos direitos sociais positivados na Constituição de 1998 não é descartar a presença do Estado na esfera política, mas correlacioná-los.

Conforme o entendimento de Ladislau Dowbor (1994),

o poder local, com seus instrumentos básicos, que são a participação comunitária e o planejamento descentralizado, constitui, nesse sentido, um mecanismo de ordenamento político e econômico que já deu provas de eficiência, em particular nos países desenvolvidos. Ele é, sem dúvida, o grande recurso subutilizado no país. (Id., p. 83)

A sociedade deve retomar o controle sobre o Estado, de forma democrática, através das várias formas de efetiva participação popular, privilegiando os processos de discussões e decisões coletivas, nos quais a população possa influenciar diretamente sobre questões de interesse público. O autêntico exercício de uma nova cidadania na busca de resolução às demandas sociais visa ao desenvolvimento a ser partilhado igualmente entre todos, sem privilégios.

## 8.2 Poder local e mecanismos de participação

No contexto atual, é preciso reconhecer que despontam, inseridos na própria sociedade, civil, esforços visando restituir ideais democráticos, através da criação de espaços não-estatais de participação dos cidadãos, que lutam por seu direito a influir no contexto social em que vivem (SANTIN, 2015). Timidamente aparecem sentimentos de interesse na participação política, na luta para que a sociedade volte a ser política e, assim, efetivamente democrática na experiência do ser relacionado com seu meio e com os outros. Nesse sentido, o Poder Local, tanto na esfera dos Municípios quanto em nível macro ou inframunicipal, tem função importantíssima, já que está mais próximo daqueles que são os diretamente interessados por políticas públicas adequadas e garantidoras dos direitos fundamentais.

a preocupação com a gestão local decorre da reivindicação de autonomia das cidades, a partir do pressuposto de que as mesmas

devem desenvolver competência própria, especialmente no que se refere à execução de programas sociais – tais como os de moradia, de saúde, de educação e de meio ambiente –, em face da crise que atinge os Estados centrais. (LARANJEIRA, 1996, p. 130)

**O município tem condições de aplicar melhor o dinheiro público do que as outras unidades federativas, graças a uma série de fatores que o aproximam das reivindicações e da fiscalização exercida pela comunidade. É um importante papel a ser assumido pelas células municipais, diante das mudanças por que passa o Estado nacional.**

O governo local tem condições de disputar a gestão da economia local e incidir sobre ela (...), para fazer com que essa economia emerge na disputa global de uma maneira sólida. (...) Tem a capacidade regulamentar de intervir, enquanto Estado, na alocação das empresas da cidade. Isso é uma forma de regulação da economia. O município tem o direito de renunciar determinados impostos para proporcionar o desenvolvimento de uma determinada área. Tem a possibilidade de negociar a ampliação de uma certa empresa a partir da desapropriação de uma área, como se fez em Porto Alegre, com o compromisso de gerar um determinado volume de emprego. (...) Ou seja, integrando a economia local a partir de um conceito de geração de emprego e renda e não permitindo que ela seja sufocada pelos monopólios, que é a tensão que fundamenta o processo de globalização e que incide diretamente nas cidades. (GENRO, 1996, p. 23-24)<sup>112</sup>

Tal forma de atuação política já deu mostras de eficiência também nos países europeus. Segundo Paul Hirst e Grahame Thompson (1996), muitos governos regionais são provedores de serviços públicos essenciais para a indústria; além disso, atuam como articuladores públicos dos distritos industriais compostos de empresas de pequeno e médio porte, constituindo-se a principal razão por que tais empresas podem competir internacionalmente. Comandam um processo de articulação de forças sociais, inclusive de setores do empresariado e, certamente, dos trabalhadores, para permitir produzir uma estratégia de desenvolvimento com geração de emprego em nível regional, municipal. Os autores concluem dizendo que a governabilidade regional, os distritos industriais e uma parceria efetiva com os trabalhadores locais são os componentes

---

<sup>112</sup> Ver também (CASTELLS; BORJA, 1997, p. 19).



centrais do sucesso das economias nacionais deste mundo de mercado globalizado (HIRST; THOMPSON, 1996, p. 188).

Antigamente, os municípios não tratavam nem de segurança nem de emprego. Hoje, os prefeitos são cobrados por essas questões. Precisam assumir políticas antes a cargo da União ou dos Estados, tanto para assegurar condições mínimas de bem-estar às suas populações (direitos sociais) como para promover o desenvolvimento econômico com base em ações de âmbito local (ABRUCIO; COUTO, 1994, p. 40).

A tendência para um reforço generalizado da gestão política nas próprias cidades representa uma importante evolução da democracia representativa, onde se é cidadão uma vez a cada quatro anos, para uma democracia participativa, onde grande parte das opções concretas relacionadas com as condições de vida e a organização do nosso cotidiano passam a ser geridas pelos próprios cidadãos. (DOWBOR, 1996, p. 69)

O Poder Local, enquanto categoria jurídica, alia dois importantes fatores: a descentralização e a participação. Aumentar as atribuições do ente federativo mais próximo dos cidadãos, o Município, aproximando as gestões públicas municipais daqueles a quem devem ser destinadas as políticas públicas: os cidadãos. Assim, exigir dos governantes a emissão de atos legislativos ou administrativos destinados a criar órgãos e a estabelecer procedimentos que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização da sociedade em âmbito local. Conforme pensamento de Jan Bitoun (1993),

a gestão da cidade não pode, também, prescindir da expressão política dos segmentos sociais que fazem uso do espaço urbano. Isto tanto é verdade que procedimentos de participação direta foram estabelecidos em numerosos municípios nas práticas de governos e, em alguns, nas Leis Orgânicas. (Id., p. 140)

Existem, atualmente, alguns processos de natureza pública — no sentido da informação, consulta e/ou negociação em torno de problemáticas e políticas — incidindo sobre a vida econômica da cidade, produzindo conjuntamente estratégias de assistência social e de realização de obras prioritárias ao interesse popular. São diversos os mecanismos utilizados, utilizam dos novos meios de comunicação e informação como aplicativos de consulta popular, passando pela constituição de audiências públicas presenciais e/ou virtuais, até a

constituição de fóruns, comissões, conselhos de representação popular e alternativas de negociação, os quais sejam capazes de incorporar diretamente à discussão os setores a serem atingidos pelas políticas públicas municipais (CRISTÓVAM *et.al*, 2020).

O processo do Orçamento Participativo é, possivelmente, o maior exemplo de manifestação do Poder Local, de participação democrática e de identificação de subjetividades, num notável exercício de cidadania, que iniciou no estado do Rio Grande do Sul, no Brasil. Tem objetivos concretos e resultados palpáveis; entretanto, talvez o seu maior mérito seja a conscientização política que ele traz a quem participa. Criar cidadãos conscientes de seus direitos e da força suas deliberações, com juízo crítico sobre os limites orçamentários e decisórios de seus gestores, bem como da própria relativização de suas demandas, quando comparadas com outras mais prementes (SANTIN, RODIGHIERI, 2019, p. 49/70). Independentemente da denominação que se dê, o Orçamento Participativo está, a partir da edição da Lei Federal nº 10.257/2001 (art. 44), previsto como condição obrigatória para o poder executivo e legislativo municipais de todo o Brasil, os quais devem promover uma gestão orçamentária participativa na aprovação do seu Plano Plurianual, das Leis de Diretrizes Orçamentárias e das Leis Orçamentárias Anuais.

A experiência realizada pela cidade de Porto Alegre com o Orçamento Participativo é incomum. Não se tratou simplesmente de 'incentivar' a participação popular de uma forma espontânea, 'fazer obras' ou simplesmente 'azeitar' os mecanismos da democracia formal. Na verdade, foi criado um novo centro decisório que, juntamente com o Poder Executivo e o Legislativo, democratizaram efetivamente a ação política e integraram os cidadãos comuns num novo 'espaço público'. Um espaço público não-tradicional, que potencializou o exercício dos direitos da cidadania e instigou os cidadãos a serem mais exigentes e críticos. (GENRO; SOUZA, 1997, p. 11-12)

Ao analisar a experiência do Orçamento Participativo, Sônia Larangeira (1996) aponta o caráter de transparência que ele confere à ação governamental, além de contribuir para constituir novos sujeitos políticos.

O orçamento constitui-se em instrumento de importância fundamental para a gestão estatal, como expressão da produção do fundo público (política tributária e de receitas) e da forma como tal produto é apropriado e distribuído. No Brasil, o orçamento público constitui-se em peça formal, cujo acesso é restrito a pequenos gru-



pos de técnicos que justificam o monopólio das decisões através da pseudo-objetividade/neutralidade. A ausência de transparência e fiscalização favorece a manipulação de recursos em benefícios de grupos, expressando exemplarmente as práticas patrimonialistas de gestão do Estado e o acesso clientelístico aos recursos públicos. Intervir, portanto, na elaboração da peça orçamentária supõe intervir no âmago de uma cultura política, por um lado, rompendo com o clientelismo e, por outro lado, desmitificando o saber tecnocrático, desvendando o funcionamento da máquina do Estado e as formas de captação e de aplicação de recursos, bem como demonstrando as possibilidades de distribuição mais equitativa. (...) pretendida inversão de prioridades, no sentido de proporcionar às populações mais carentes (...) acesso prioritário às suas demandas, não através de favorecimentos, mas sim a partir do estabelecimento de critérios objetivos. (LARANJEIRA, 1996, p. 131)

### É o que Tarso Genro (1996) chama de

espaço público não-estatal, local de organização de um controle direto da cidadania organizada sobre o Estado. Esse espaço é composto por estruturas reguladas por pacto político – como os conselhos político-administrativos do município – ou auto-reguladas, como o conselho do Orçamento Participativo. Ele conforma hoje uma zona cinzenta, que não é pública nem privada, nem Estado nem sociedade, e que pode ser o elemento central de produção de uma nova experiência de combinação da democracia direta com a representativa. (GENRO, 1996, p. 31)

Segundo Gustavo Krause (1993), a gestão orçamentária participativa renova a democracia representativa, baseada na representação legislativa, por uma prática de democracia direta ou participativa, fundada na participação permanente do povo nas decisões do Estado. E nesse sentido reconhece que o espaço local é o *locus* privilegiado para sua concretização, já que contém pelo menos quatro fatores fundamentais: (1) o Poder Local, diferente das instâncias federal e estadual, tem “maior sensibilidade à hierarquia das necessidades sociais” (KRAUSE, 1993, p. 29), uma vez que quem tem o poder de decisão encontra-se próximo aos problemas e eles batem à sua porta; (2) tem uma vocação maior para as soluções simples, criativas e baratas; (3) é um local que favorece a mobilização da população para participar das decisões, já que próximas aos centros decisórios, ao contrário dos outros entes federativos; (4) é possível reali-



zar o “controle social sobre o poder local. O processo orçamentário pode ser totalmente controlado pela comunidade, porque é feito por ela” (Id., *ibid.*). E conclui, dizendo que “o Orçamento Participativo é um processo de dupla pedagogia, porque coloca, frente a frente, a sabedoria tecnocrática e acadêmica e a sabedoria popular. Aquilo que o administrador imagina que é prioritário e aquilo que é efetivamente prioritário” (Id., *ibid.*). Certamente não é perfeito, nem imutável, nem mesmo a solução decisiva para este problema histórico. Aliás, o Orçamento Participativo ou, como diz o Estatuto da Cidade, a gestão orçamentária participativa,

não só deve estar em constante mutação (para renovar-se e adaptar-se ao próprio crescimento da consciência da cidadania), mas ele deve ser visto como a abertura de um caminho. Um caminho que deve ser aprimorado constantemente para, de uma parte, recuperar a credibilidade do Estado mediante uma experiência de nível local e, de outra, para mostrar que é possível reformá-lo radicalmente (reformá-lo no sentido de transformar a relação Estado x Sociedade e também para ‘tensionar’ o próprio Estado, colocando-o a serviço dos interesses populares). (...) O Orçamento Participativo não é uma obra acabada, perfeita e indiscutível. Nem poderia ser, pois a avocação da perfeição seria expressão de autoritarismo e negação do processo dialético, de constante mutação e superação do novo sobre o velho que caracteriza os processos sociais. É com este entendimento que, todos os anos, o governo e a sociedade – por meio de uma Comissão Paritária – realizam um contínuo ajuste crítico. E o Conselho do Orçamento Participativo (...) discute e decide mudanças no regulamento do Orçamento Participativo, seu regimento interno, os critérios gerais de distribuição de recursos entre as regiões, os critérios técnicos e regionais. Afirma-se, assim, um processo de auto-regulamentação que empresta total ineditismo a esta experiência. (GENRO; SOUZA, 1997, p. 14, 48-49)

Por sua vez, a partir da edição da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), pode-se apontar a evolução — quando não se dizer revolução, tendo em vista a quebra de paradigmas por ela gerados — apresentada por esse diploma legal na gestão pública brasileira e no próprio regime jurídico-administrativo. Tornou-se obrigatório que todos os governos, nos três entes federativos, implementassem a gestão orçamentária participativa a partir do princípio da transparência fiscal. Ou seja, todos os governos, independente do partido político e da esfera governamental, devem

elaborar suas leis orçamentárias em conjunto com a população. Assim, a audiência pública com a participação ampla da sociedade civil passa a ser uma etapa dentro do processo legislativo das leis orçamentárias, que são o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual (SANTIN; PEREIRA; CAMARGO, 2017).

Essa evolução deu-se a partir de dois aspectos: a responsabilidade fiscal dos administradores públicos e a concretização do princípio da participação popular na gestão pública. Na reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001):

Uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar dos erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, que se incorporaram ao cotidiano político, parece estar, enfim, com seus dias contados, assim como o flagelo da inflação, inevitável produto dessas práticas obnoxias. (...) Inaugura-se um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público que, para cumpri-lo cabalmente, além de sua sujeição à legalidade, precisa ainda submeter-se à legitimidade, inclusive no exercício da prudência fiscal. (...) Esse novo passo importava na ampliação da responsabilidade legal dos governantes e dos administradores públicos, em geral, com a dilatação dos marcos políticos e administrativos que já haviam sido postos pelo Estado de Direito, introduzindo-se parâmetros inovadores, de responsividade legítima, indispensáveis à realização do Estado Democrático. (Id., p. 289-290, 306)

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio coroar uma tendência já presente no regime jurídico-administrativo brasileiro, em especial no que tange ao aspecto orçamentário e fiscal: o repensar a importância dos princípios na estruturação de um Direito realmente comprometido com valores substantivos da conduta humana — sem abandonar as conquistas dogmáticas — fator que fora esquecido e quase sepultado pelo positivismo jurídico.

A LRF atribuiu grande destaque aos princípios garantidores de uma gestão planejada, eficiente, transparente, responsável e participativa, atualizando aqueles princípios estabelecidos na Magna Carta de 1988 e propondo novos princípios complementares, que passaram a integrar o regime jurídico de Direito Administrativo. Reconhece e positiva o princípio da participação inserido na Constituição Federal de 1988, complemen-

tando-o com tantos outros dispositivos que agora passam a integrar o regime jurídico-administrativo brasileiro (SANTIN, 2011).

Assim, já não basta apenas a publicidade dos atos do gestor público, mas é necessária uma atitude positiva maior: a conduta administrativa transparente e a participação dos administrados nas decisões sobre disposição e execução orçamentárias (SANTIN; TONIÊTO, 2007). Por privilegiar a transparência e a participação como princípios norteadores de uma gestão fiscal responsável, possibilita-se um controle social mais eficaz da administração pública, configurando-se a transparência como “um dos elementos fundamentais para a manutenção do equilíbrio das contas públicas”. Ao exigir dos gestores públicos uma atuação sincera e clara a respeito da prestação de contas de seus mandatos, cria-se a possibilidade de acesso da população a informações documentais detalhadas das respectivas gestões, podendo assim participar das decisões e controlar as decisões dos gestores públicos com maior conhecimento de causa (ALVES; GOMES; AFFONSO, 2001, p. 119).

Mas não foi apenas no aspecto principiológico que a nova Lei de Responsabilidade Fiscal inovou. Também no que tange a regras, o diploma legal em questão instituiu em vários dispositivos mecanismos formais para a participação popular na gestão do dinheiro público e nos processos decisórios sobre matérias públicas, mediante o acesso à população das contas públicas e à formação, elaboração e execução das peças orçamentárias. Tais dispositivos estão expressamente elencados nos seguintes artigos: art. 1.º, parágrafo 1.º; art. 32, parágrafo 4.º; art. 45, parágrafo único; art. 48; art. 48, parágrafo único; art. 49 e seu parágrafo único; art. 51; art. 55, parágrafo 2.º; art. 56, parágrafo 3.º; art. 67.

E salienta-se que, em uma interpretação combinada com outra lei importante para o Município, que é a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a gestão orçamentária participativa em âmbito local é condição obrigatória para a aprovação das leis orçamentárias no Município (art. 44), sob pena de vício formal no processo legislativo.

Dessa forma, pode-se concluir que todo esse arcabouço normativo inaugura nova forma de tratar do dinheiro público, que agora deve contar com a participação efetiva da população tanto no controle da atividade de seus governantes — com vistas a garantir uma atuação responsável por parte do representante e que suas decisões realmente representem os interesses daqueles que o elegeram — como na decisão de como será aplicado o dinheiro público. A partir disso potencializam-se todos os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável (planejamento, equilíbrio fiscal, prudência, controle, responsabilidade, transparência e responsividade ou *accountability*), bem como potencializa-se a concretiza-



ção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Alia-se a atuação dos representantes com a atuação dos administrados visando à melhoria da atividade pública brasileira e do modelo estatal. No entendimento de Juarez Freitas (2001),

não faz nenhum sentido que, ao cuidar do orçamento público, a participação popular se esgote em alguma das suas fases, ou seja, por exemplo, a escolha de prioridades deve ser vista como uma etapa decisiva, mas não a única, pois tão ou mais importante é a fiscalização do cumprimento das metas orçamentárias. Daí segue que a transparência alcançada por meios tecnológicos inovadores precisa ser real e dinamicamente considerada (exemplo: os relatórios de gestão fiscal, além de disponíveis eletronicamente, não podem continuar sendo peças cifradas e excludentes da observação do cidadão medianamente informado). (...) A participação popular é um processo dialético de avaliação e inovação, não funcionando como algo abstrato, formal e congelável no tempo ou no espaço. (Id., p. 13-26, 48)

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal representa um avanço na maneira de administrar os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes com vistas ao bem-comum. A partir desse novo regramento todos os governantes, nos três entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios) e nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo aqui o Ministério Público), passarão a seguir regras e limites claros para administrar suas finanças de modo transparente e equilibrado, conferindo ainda à população o acesso na elaboração das peças orçamentárias, na prestação das contas e na execução orçamentária.

Comprometem-se os governantes com a elaboração de orçamentos programáticos e com o cumprimento das metas fixadas quando da operacionalização da atividade financeira estatal. Fixam-se limites às despesas, para as quais é necessário sempre corresponder uma receita. Evitam-se o déficit, com o nítido objetivo de impor a honradez dos compromissos financeiros assumidos pelo agente político sem o conseqüente comprometimento do orçamento e das metas por ele propostas (ALVES; GOMES; AFFONSO, 2001). Por sua vez, a participação popular é assegurada na determinação de realização de audiências públicas tanto pelo Executivo quanto pela Câmara Municipal durante os processos de elaboração e de discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual e posterior execução orçamentária (KHAIR, 2000).

A participação do povo na gestão fiscal, com publicidade e transparência na disponibilização prévia das informações, são instrumentos fundamentais

para que as pessoas compreendam o funcionamento da administração pública e os seus limites, passando a decidir com efetivo conhecimento de causa. São informadas e deliberam sobre a aplicação do dinheiro público. Passam a saber qual é a receita e qual é a despesa, o que vai para cada secretaria, o que rende cada tributo, quais os principais tributos, quanto se destina para a folha de pagamento, onde e o que é possível investir. Assim, as pessoas tornam-se conhecedoras da origem e do destino das verbas públicas, e responsáveis por parte desse destino. Desnuda-se o Estado, aprendendo-se como ele funciona, como se organiza, ganhando-se o controle sobre ele.

Tudo isso é exercício de cidadania. O que antes era reclamação, requerimento ou reivindicação muda de qualidade, adquirindo natureza e força política e tornando o indivíduo um cidadão. Essa consciência é fundamental para desenvolver o sentido de “pertencimento”, no qual cada um passa a ser um elemento politizador e conscientizador.

Ao se aproximar o poder de decisão e de controle às pessoas que arcam com o benefício ou prejuízo das decisões de seus representantes, ou seja, de uma boa ou má política pública, estando, por isso, interessadas nos resultados, por certo se impedirá que os governantes administrem o dinheiro público de maneira irresponsável, conseguindo pagar suas contas sem comprometer seu orçamento, orçamentos futuros ou aumentar impostos, reduzir investimentos ou cortar gastos da área social.

Dessa forma, o Orçamento Participativo e/ou gestão orçamentária participativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal e também o Estatuto da Cidade fazem parte de uma nova visão da gestão pública, ao conferir à população o poder de não só controlar onde será destinado o dinheiro público, verificar quanto e como gastam os recursos da sociedade e se realmente as verbas estão sendo destinadas para o interesse da comunidade, mas também de controlar como é feita a arrecadação e se o governante está tomando todas as providências cabíveis para combater a sonegação (MEIRELLES, 2010). Afinal, a responsabilidade fiscal pressupõe tanto a responsabilidade na realização de gastos como a preocupação com o controle das receitas. Permite-se, portanto, que os mecanismos de mercado e o processo político sirvam como instrumento de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta, e ao mesmo tempo reconhecimento da população e do mercado aos bons administradores.

Aplicando a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas ao presente estudo, com a participação ativa da população na gestão da máquina pública, estar-se-á inserindo mecanismos de racionalidade comunicativa dentro do mundo sistêmico estatal, dominado por uma racionalidade instrumental. Habermas busca resgatar o potencial emancipatório da razão comunicativa — fundada na linguagem e expressada na obtenção



do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo – encontrado na esfera cotidiana do “mundo da vida”. Para ele, é necessário fazer cessar a “reificação” e a “colonização” exercidas pelo “sistema” sobre o “mundo da vida”, mediante a lógica dialógica da ação comunicativa (HABERMAS, 1992). E os mecanismos de gestão democrática participativa e transparência inseridos na Lei de Responsabilidade Fiscal podem ser entendidos como um permear nas estruturas sistêmicas com as estruturas comunicativas do mundo da vida, conjugando instituições políticas representativas tradicionais e instituições democráticas participativas.

Entretanto, para a efetiva concretização do princípio da participação popular na gestão pública brasileira não bastam apenas mecanismos positivos e formais. Em qualquer sociedade em que se reduz o campo político ao campo do Estado, a democracia é apenas formal, ensejando a existência, em verdade, de um modo totalitário e “mascarado” de exercício do poder. Conforme preleciona Pedro Jacobi (1993, p. 21-23), a reflexão em torno do tema da participação está na ordem do dia, numa estreita vinculação com os processos de descentralização político-administrativas e de ampliação das possibilidades de democratização da gestão municipal, estimulando os caminhos que possibilitem a consolidação dos instrumentos de controle popular. A noção de participação é concebida como facilitadora de uma maior eficiência da ação estatal e de ampliação das garantias de cidadania.

Participação é, pois, o encontro entre as instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais existentes, por outro. Nesse sentido, a Administração Pública detém um grande potencial de ampliação das práticas comunitárias, mediante o estabelecimento de um conjunto de mecanismos institucionais. Mas, para que isso ocorra, é necessário que da sociedade civil surjam interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais, capazes de tornar possível uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija quaisquer tipos de dependência administrativa e financeira, rompendo com os procedimentos populistas, autoritários e clientelistas (JACOBI, 1993, p. 21-23).

A força que a associação dos componentes da sociedade civil pode deter, independentemente de sua classe social, não passou despercebida por Aristóteles (2003, p. 195), afirmando que se a soberania se encontra na massa do povo, então onde houver democracia os pobres irão possuir maior autoridade que os ricos, já que são em maior número. Porém, não é isso que ocorre nas sociedades modernas, em que minorias privilegiadas dominam o cenário político, cultural, social e econômico em detrimento das maiorias.

Portanto, é preciso o engajamento maciço da cidadania organizada no intuito de que os mecanismos de controle e de participação previstos na nova Lei de Responsabilidade Fiscal não fiquem expostos apenas como meros postulados formais e teóricos, mas que integrem a realidade política e social brasileira.

Nesse sentido, o espaço local mostra-se como um *locus* privilegiado para a efetivação dos mecanismos positivados tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional relativos ao princípio da participação popular na gestão da coisa pública expostos neste artigo, sem pretensões de exaurir a matéria. Ora, por estar o Município mais próximo ao cidadão, facilita-se o controle direto da cidadania sobre os atos de seus gestores públicos, assim como a participação da sociedade civil, tanto individual quanto coletiva, nas decisões sobre as políticas públicas a serem executadas em âmbito municipal.

Essa nova relação Estado-sociedade pode, ao mesmo tempo, nacionalizar e localizar a cidadania, globalizando os indivíduos, visto que é, através das grandes questões locais e regionais, que se dão as questões nacionais e globais. A partir do momento em que o cidadão passa a compreender o espaço em que ele está inserido, o local onde ele mora, fica muito mais fácil compreender a nova ordem mundial. Assim, se enseja uma compreensão política e de subversão da ordem atual.

Não é o cidadão que está a serviço do Estado. É o Estado que deve servir ao cidadão. Esta exigência, no entanto, somente se realiza com alguma adequação, se houver cidadania emancipada atuante, traduzida sob o nome de controle democrático. A qualidade do Estado está na qualidade democrática da sociedade. Não é possível imaginar um Estado 'melhor' que a cidadania popular que o sustenta. (...) O Estado será tão útil, eficiente e eficaz, quanto for qualitativa a cidadania organizada que o sustenta. (...) Participação comunitária neste caso não seria liberar o Estado do que deve à população, mas organizar-se de tal modo competente, que se possa impor ao Estado o devido controle democrático, no sentido de cumprir com suas obrigações. (DEMO, 1989, p. 78)

Ao democratizar as decisões relativas à aplicação do dinheiro público, as pessoas passam a compreender funções do Estado e os seus limites, e passam a decidir com efetivo conhecimento de causa. O que antes era reclamação, requerimento ou reivindicação muda de qualidade, adquirindo natureza e força política e tornando o indivíduo um cidadão. Ou seja,





cria-se, desta forma, um espaço aberto por meio do qual surgem condições para a formação de um novo tipo de cidadão: um cidadão ativo, participante, crítico, que se diferencia do cidadão tradicional, o qual só se afirma mediante demandas isoladas ou que apenas exerce a sua cidadania por meio de revoltas isoladas e impotentes”. (GENRO; SOUZA, 1997, p. 16)

### Ainda, segundo Tarso Genro e Ubiratan de Souza (1997):

A principal riqueza do Orçamento Participativo é a democratização da relação do Estado com a sociedade. Esta experiência rompe com a visão tradicional da política, em que o cidadão encerra a sua participação política no ato de votar, e os governantes eleitos podem fazer o que bem entenderem, por meio de políticas tecnocráticas ou populistas ou clientelistas. O cidadão deixa de ser um simples coadjuvante da política tradicional para ser protagonista ativo da gestão pública. (...) Outra contribuição universal do Orçamento Participativo é a criação de uma esfera pública, não-estatal, em que a sociedade pode controlar o Estado. (Id., 1997, p. 45-46)

Se não for garantida a democratização do Estado através de formas de organização não-estatais estar-se-á diante de uma ameaça totalitária do capital e das novas fontes de poder neoliberais, que não têm o mínimo interesse em promover a igualdade social. É preciso construir aparatos – instrumentos de intervenção da sociedade sobre o Estado – que permitam à sociedade fiscalizar para que o enorme volume de recursos que está nas mãos do Estado seja realmente destinado de acordo com o bem-comum.

### Considerações finais

O Poder Local, enquanto categoria jurídica capaz de aliar descentralização do poder e participação popular, necessita de canais institucionais e não institucionais abertos, em que todos são iguais, podendo exercer livremente a sua influência e lutar pelos investimentos que acharem necessários para melhoria da qualidade de vida da sua comunidade. Para isso, fundamental é a capacidade de mobilização e participação ativa dos interessados nos processos decisórios. Trata-se de um *“fórum que toma, de maneira coletiva — por maioria ou por consenso —, as decisões estratégicas que vão nortear a relação do governo com a sociedade”* (GENRO, 1996, p. 18-19); o qual é composto pela representação de todas as ideologias e correntes partidárias. É, pois, a legitimação da democracia direta combi-

nada com a representação política, desequilibrando as relações de poder daqueles que tradicionalmente faziam *lobby* junto aos governantes e as limitações da democracia formal, que acabavam por erguer uma barreira burocrática intransponível entre o cidadão e o Estado, que se entende como cidadão apenas de 4 em 4 anos, em época eleitoral.

Trata-se de uma forma de gestão inovadora, capaz de romper com os mecanismos informais e obscuros de acesso aos centros decisórios, onde quem tem acesso normalmente são os segmentos econômica e politicamente dominantes e, ainda, com a prática clientelista e de intermediação. Ao mesmo tempo, representa a mudança nas formas tradicionais de relação público-privado, diversificando-se e flexibilizando-se – com a interferência da sociedade na gestão municipal – a atividade político-administrativa. Trata-se “*não só de recuperar direitos básicos de cidadania, mas de ampliá-los, democratizando o processo decisório, desprivatizando o Estado, tornando as políticas públicas mais voltadas ao atendimento dos direitos sociais*” (MOURA; PINHO, 1993, p. 293-294).

As pessoas participam da tomada das decisões dentro de sua cidade. Ao submeterem as propostas à apreciação da comunidade, dá-se a possibilidade dos indivíduos se pronunciarem antes das decisões serem tomadas, em vez de se limitarem a protestar diante dos fatos já consumados. Tornam-se conhecedoras do destino das verbas públicas, e responsáveis por parte deste destino. Pleiteiam seus interesses, conhecem os interesses dos demais e a forma como são decididas as prioridades, além das respostas às demandas – a contrapartida material da sua participação. “*Passam a compreender não só os limites do poder público, como também a própria ‘relatividade’ das suas necessidades, comparando-as com outras mais urgentes e importantes*” (GENRO; SOUZA, 1997, p. 34). Desnuda-se, através deste processo, o Estado, aprende-se como ele funciona, como se organiza e, assim, ganha-se o controle sobre ele.

As plenárias abertas à participação dos moradores funcionam (1) como espaços de informação, onde a Administração apresenta as propostas relativas à política tributária e a previsão de receita e despesa e (2) igualmente, como espaço de apresentação de demandas e prioridades por parte da comunidade, que participa, assim, do processo de democratização da gestão da cidade. Trata-se de um instrumento democrático de distribuição da riqueza entre os bairros e entre os cidadãos, combinando-se em um mesmo espaço plural “*trabalhadores, empresários, universidades, instituições da sociedade civil, governo, personalidades representativas, enfim, a pluralidade imensa que representa a própria vitalidade do tecido social*” (GENRO, 1993, p. 8).

Para atingir tal desiderato, mostra-se fundamental que a população tome consciência de que os problemas da cidade são problemas de todos,



a fim de que a livre iniciativa dos cidadãos corrija a livre iniciativa meramente econômica que, quando selvagem, monopoliza a política, concentra o poder, marginaliza e exclui a maioria. Em qualquer sociedade onde se reduz o campo político ao campo do Estado, a democracia é meramente formal, ensejando a existência, na verdade, de um totalitarismo mascarado. No modelo de democracia representativa utilizado atualmente na maioria dos países, há poucas oportunidades de oferecer práticas de resistência e criatividade. De nada adianta seguir a regra da maioria, quando existem maiorias manipuladas que *“suportam, em seu próprio nome, o funcionamento heterônomo das decisões coletivas. (...) Um modelo de democracia que funciona sutilmente como expressão dissimuladora de um destino social totalitário”* (WARAT, 1997, p. 103-105). Nesse modelo há, no dizer de Luis Alberto Warat, na verdade, uma *“usurpação retórica da regra da maioria”* (Id., p. 103).

Assim, o Poder Local, caracterizado como um sistema institucional e organizado de obtenção de consensos e de resolução democrática de dissensos entre sociedade civil e entre ela e a sociedade política, acaba por implicar também em um esforço para alterar o próprio sistema de gerir a coisa pública, com maior transparência e respeito ao direito fundamental à informação. É uma via de mão dupla, que envolve governantes e governados e implica também em *“um amplo trabalho de formação tanto na comunidade como na própria máquina administrativa. Trata-se, portanto, de um esforço do município sobre si mesmo”* (DOWBOR, 1994, p. 72) para democratizar as decisões, a fim de que correspondam às reais necessidades da população, descentralizando, assim, o poder.

Em suma, fica assim delineada a relevância de uma evolução gradual do ceticismo quanto à importância estratégica dos mecanismos participativos no nível local, para a compreensão de que as comunidades devem aprender a participar, politicamente, da organização de seu espaço de vida. Modifica-se, através deste processo, a forma como é organizada a sociedade e como se manifesta o exercício da cidadania. O certo é que, para haver uma gestão participativa democrática em nível municipal, é necessário que tal atitude parta dos próprios cidadãos, fundamentada na reeducação à cidadania. É o que se buscou demonstrar com este estudo.

Para que o Poder Local se desenvolva, é necessária uma profunda reforma no próprio modo de como as pessoas encaram a vida social. E esta é uma tarefa de longo prazo, cultural, que deve iniciar no próprio processo educativo das crianças, com vistas a (1) desenvolver o sentimento de pertencimento, de solidariedade, de interesse sobre o meio em que as cerca, e não apenas aqueles valores individualistas e egoístas ditados pela sociedade

neoliberal e já incutidos na mentalidade das pessoas; (2) romper com a cultura profundamente individualista, através de um esforço educativo de ruptura e estabelecimento de critérios orientados por valores coletivos, recuperando o espaço público; (3) realizar uma reeducação à cidadania e à participação democrática, numa nova relação entre Estado e sociedade; (4) encontrar mecanismos de reinvenção da cidadania e recuperação da fraternidade social, *“impondo novos limites à pragmática totalitária da nossa cultura instituída; estabelecendo a resistência à ordem social totalitária que nos governa, reivindicando a autonomia para todos os setores da vida social, lutando contra as atuais condições de produção alienada de nossa subjetividade”* (WARAT, 1997, p. 109). Nas palavras de Lurdes Caron (1998),

O povo brasileiro seria bem diferente se tivesse tido educação para ser voz e autor, e não para ser eco e ator. É hora de inventar educação que leve o povo brasileiro a deixar de ser ator para ser autor, a deixar de ser eco para ser voz. Para isso, é preciso delinear novo paradigma pedagógico. (Id., p. 14)

Dessa forma, através de uma reeducação visando à cidadania, as pessoas buscarão o direito de participar da cultura e das suas verdades, o direito a pertencer a uma sociedade política; reivindicarão, inclusive, seu direito a ter direito e a produzir autonomamente a sua existência, com liberdade, imaginação e criatividade; recuperarão a energia simbólica da crítica e da transgressão. E os agentes desta educação são a família, a escola, as associações, os sindicatos, os partidos políticos e, por que não, os meios de comunicação.

## Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; COUTO, Cláudio Gonçalves. A Redefinição do Papel do Estado no Âmbito Local. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 10, n. 3, jul./set. 1996.

ALVES, Benedito; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. **Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.



BITOUN, Jan. Movimentos Sociais e a Cidade: Questões Relevantes para a Geografia Urbana. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local – Governo e Cidadania**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

CARON, Lurdes. Uma Campanha da Fraternidade para Tratar da Educação. **Vida Pastoral**. São Paulo, ano XXXIX, n. 199, mar./abr. 1998.

CARTA DOS SUPERIORES PROVINCIAIS DA COMPANHIA DE JESUS DA AMÉRICA LATINA – Documento de Trabalho. **O Neoliberalismo na América Latina**. São Paulo: Loyola, 1996.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. **Local y Global – La Gestión de las Ciudades en la Era de la Información**. Madrid: Taurus, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva *et al.* Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Sequência** (Florianópolis) [online], n. 88, 2020, n. 84, p. 209-242.

DEMO, Pedro. Cidadania & Emancipação. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./mar. 1990. p. 53-72.

DEMO, Pedro. Participação Comunitária e Constituição: Avanços e Ambiguidades. **Cadernos de Pesquisa**. São Paulo, n. 71, nov. 1989.

DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. In: FREITAS, Marcos Cézar de (Org.). **A reinvenção do futuro**. São Paulo: Cortez; Bragança Paulista: USF-IFAN, 1996.

DOWBOR, Ladislau. **O Que É Poder Local**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FREIRE, Paulo. **Educação Como Prática da Liberdade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. Globalização ética e solidariedade. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Orgs.). **Desafios da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1998.

FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público, **Revista Interesse Público**, Sapucaia do Sul, ano 3, n.11, jul./set. 2001, p. 13-26.

GENRO, Tarso. Combinar democracia direta e democracia representativa.

In: PALOCCI, Antônio *et al.* **Desafios do Governo Local** – O Modo Petista de Governar. São Paulo: Perseu Abramo, 1996.

GENRO, Tarso. Para um Porto Revivido. In: **Projeto Porto Alegre Mais Cidade Constituinte**, 1993, Porto Alegre. Resumos. Publicação da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, dez. 1993, p. 8.

GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no direito. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de; RAMOS, Alexandre (Orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento Participativo: A Experiência de Porto Alegre**. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.  
HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid, Taurus, 1992, v. 1-2.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalization in Question**. Cambridge: Polity Press, 1996.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: **O papel do público e do privado na construção da cidade**. Porto Alegre: Prefeitura de Porto Alegre, nov. 1993.

KHAIR, Amir Antônio. **Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. BNDES, 2000.

KRAUSE, Gustavo. Autonomia Municipal. In: **Projeto Porto Alegre Mais Cidade Constituinte**, 1993, Porto Alegre. Resumos. Publicação da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, dez. 1993.

LARANGEIRA, Sônia M. G. Gestão Pública e Participação: A Experiência do Orçamento Participativo em Porto Alegre. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 10, n. 03, jul./set. 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOURA, Suzana; PINHO, José Antônio Gomes de. Governos Locais em Contexto de Democratização e Crise: Mudança e Inovação. In: FISCHER, Tania (Org. e Coord.). **Poder Local – Governo e Cidadania**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

SANTIN, J. R. Estado, Sociedade Civil e Legitimação do Poder. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 111, p. 247-274, 31 dez. 2015. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V111P247>>. Acesso em: 21 set. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI**: novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. **Estudos Jurídicos (UNISINOS)**, v. 40, p. 72-78, 2007B.

SANTIN, Janaína Rigo. Poder local e gestão democrática municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz: Editora IPR, 2010, p. 419-434.

SANTIN, Janaína Rigo. Princípio Constitucional da Participação e Poder Local: Uma Análise a Partir do Ordenamento Jurídico Brasileiro, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto**, n.º 10, Luanda, Angola, p. 9-27, 2011.

SANTIN, Janaína Rigo; PEREIRA, André da Silva; CAMARGO, Evandro José Bilycz de. Administração pública municipal e lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 7, p. 108-124, 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3145>>. Acesso em: 21 set. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo; RODIGHERI, Bruno Nogueira. Poder Local e Orçamento Participativo em Município no Norte do Rio Grande do Sul, Brasil: estudo de caso. **Revista Juris Plenum**, n. 21, mar. 2019. p. 49-70.



SANTIN, Janaína Rigo; TONIÊTO, Tiago. O Princípio da Transparência e a Participação Popular na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, v. 8, n. 26, p. 21-29, out./dez. 2007A. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5266>>. Acesso em: 21 set. 2022.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. São Paulo: Nobel, 1987.

SANTOS, Milton. Quem está na Frente é o Povo. **Cadernos Le Monde Diplomatique**. São Paulo, n. 2, jan. 2001. p. 4-7.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Controle Externo, Súmulas Vinculantes e Reforma do Judiciário como Condição de Democracia. In: **Seminário Democracia e Justiça: o Poder Judiciário na construção do Estado de Direito**, 1998, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: Editora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 95-101



# Governança regulatória na infraestrutura brasileira: uma análise a partir da noção de política pública

*José Sérgio da Silva Cristóvam  
Thanderson Pereira de Sousa*

## Introdução

Primeiro, antes do início do debate em torno do tema, queremos registrar a enorme satisfação e a honrosa alegria em podermos participar dessa bela obra em comemoração ao cinquentenário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. O PPGD, nesses seus 50 anos de história, tem uma marca profunda na formação da própria cultura jurídica nacional, com impacto inclusive internacional, a partir dos sólidos marcos de uma proposta de teoria crítica do Direito e defesa/promoção dos direitos humanos, capaz de oferecer uma sofisticada análise do fenômeno jurídico e seus mais variados desdobramentos, comprometida com um modelo jurídico que seja, a um só tempo, verdadeiramente inclusivo e plural, efetivamente justo e socialmente igualitário. Somos todos, cada qual a seu modo, filhos e tributários dessas ideias que conformam centenas e centenas de egressos e projetos emancipatórios semeados pelo

PPGD/UFSC e seus professores, durante esses primeiros 50 anos de uma grandiosa trajetória.

Iniciando a temática, não se pode negar que a regulação desponta como uma tendência em processo de ampliação no contexto global, na esteira da redução da intervenção direta do Estado na economia. Na conjuntura regulatória, a atuação estatal conecta-se a uma dimensão de reequilíbrio a partir de uma ponderação mais absenteísta, cabendo ao setor privado agir na exploração de serviços e atividades econômicas, com observância aos princípios fixados no ordenamento jurídico.

No Brasil, marcadamente a partir da década de 1990, houve nítida caminhada na direção da conformação de um modelo de Estado regulador, especialmente com as reformas que ocorreram no âmbito administrativo e os respectivos processos de desestatização. Neste contexto, foram criadas as agências reguladoras, autarquias de regime especial, voltadas à regulação de setores que foram retirados da responsabilidade direta do Estado e estavam, até então, desregulados. Sobre as agências reguladoras, que têm confessada inspiração no modelo norte-americano, a proposta importada pelo Brasil tinha como justificativa política o fato de que referidas entidades alcançaram alto grau de poder nos EUA.

Insta esclarecer que, no plano nacional, os setores de infraestrutura estão submetidos ao sistema de regulação pelas chamadas Agências independentes. Em que pese a atribuição de exploração das atividades e serviços infraestruturais caber ao setor privado – gerando expectativas de evolução, os investimentos ainda são ínfimos, tendo atingido apenas 1,77% do Produto Interno (PIB) nos anos de 2017 e 2018.

Nesse contexto, observando que o setor de infraestrutura depende, objetivamente, de arcabouço jurídico e institucional regulatório, cumpre questionar o seguinte: como compreender a regulação na lógica da atividade administrativa? Em que medida a governança, no lastro regulatório, pode ser considerada política pública de infraestrutura para o desenvolvimento?

Portanto, a partir de uma leitura crítica da configuração do Estado regulador, pretende-se discutir a inserção da função regulatória na organização administrativa brasileira e, por conseguinte, a possibilidade de configuração de um modelo de governança regulatória enquanto política pública para impulsionamento de infraestrutura e desenvolvimento no Brasil. Para tanto, do ponto de vista metodológico, utiliza-se o método dedutivo, apoiado em técnica de documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica e documental.

Com efeito, para os contornos do presente estudo, cumpre ressaltar que a regulação se constitui em função administrativa, exercida por Agên-

cias independentes, com natureza autárquica especial. Neste sentido, a atividade regulatória não pode ser exercida fora de uma ótica estratégica e prospectiva, razão pela qual a governança regulatória funciona como verdadeira política pública para alavancar a infraestrutura nacional, inclusive apta à promoção de um paradigma de desenvolvimento sustentável, afinado com os objetivos de desenvolvimento definidos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

## 9.1 Breves considerações sobre o Estado moderno: do Estado absolutista ao regulador

Embora não seja a temática central do presente estudo, convém tecer algumas breves considerações acerca do Estado moderno<sup>113</sup>, a começar pelo seu alvorecer, com o Estado absolutista. Esse contexto vinha marcado pela confusão entre o monarca e o próprio Estado, contrastando com uma dimensão de centralização e poder ilimitado, o que tornava dispensável qualquer tipo de responsabilidade para com o povo – elemento fundamental. Por óbvio, a lógica absolutista entrou em declínio muito em decorrência do próprio exercício arbitrário do poder<sup>114</sup>.

A Revolução Francesa de 1789<sup>115</sup>, fundada na multicitada trindade dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, desenhados a partir de fundamentações iluministas e humanistas, representa um marco na derrocada do modelo de Monarquia Absolutista. A ebulição revolucionária instaurada na França, notavelmente, finda por romper com o modelo absolutista, questionando sua pretensa racionalidade: não há mais espaço para desenhos políticos assim fundados na concentração de poderes, do que emerge o arquétipo do Estado de direito a partir do modelo de Estado

---

<sup>113</sup> A doutrina política em geral atribui o “moderno” emprego do termo “Estado” (*status*), na intenção de configurar sociedades políticas organizadas e permanentes, à obra “*O Príncipe*” de Nicolau Maquiavel, que representa um importante marco para a ciência política e para o estudo da teoria do Estado. Sobre o tema, ver: MAQUIAVEL, 2008.

<sup>114</sup> O alvorecer do Estado moderno trouxe um modelo de governança bastante interessante e peculiar, no chamado Estado de polícia, comum à Monarquia Absolutista. No Estado de polícia, o governo encontra-se legalmente incondicionado, sem limites na sua atuação. A fonte de todo o Direito é a pessoa subjetiva do rei, representante divino na terra, sendo a sua vontade a lei suprema e a síntese de todos os interesses do Estado enquanto comunidade política. Sobre o tema, ver: MIRANDA, 1997, p. 78-82.

<sup>115</sup> Importante indicar que a Revolução Francesa é, geralmente, associada ao processo de consolidação do Estado liberal, especialmente porque contribuiu para a definição de suas linhas fundamentais (HOBSBAWN, 2012). Mas outros eventos também estão associados ao surgimento do liberalismo como ideologia estatal, como, por exemplo, a Revolução Gloriosa (1688-1689), na Inglaterra.

liberal de direito<sup>116</sup>, limitando e separando poderes, alterando a razão estatal e dando lugar ao liberalismo — econômico e jurídico.

O liberalismo econômico pretendeu trazer a concepção de mercado autorregulado, capaz de tratar de suas próprias imperfeições e livre da intervenção estatal, conformando uma noção de “resiliência econômica”. O desenvolvimento individual/privado passou a ser defendido com base na não intervenção do Estado, figurando a liberdade como valor supremo, gozando, desse modo, de proteção jurídica.

Por sua vez, o liberalismo jurídico buscou instrumentalizar a liberdade. Com os negócios jurídicos e independência para contratar passou-se a efetivamente guardar juridicamente a liberdade econômica, o mercado e sua mão invisível. Tinha-se, portanto, um modelo de Estado mínimo ou de garantia, a perseguir estritamente a proteção de direitos individuais indispensáveis e mais imediatamente voltados a uma clientela específica, a recém-nascida burguesia.

Mas o funcionamento do Estado liberal se deparou com seus próprios paradoxos: ao tempo em que a liberdade e o mercado, protegidos juridicamente, favoreciam os indivíduos economicamente fortes, parcela menos abastada e muito numerosa da sociedade ficava à própria sorte e à margem de condições estruturais básicas para a vida. Isso trouxe para a superfície das tensões sociopolíticas e econômicas da época os limites e mesmo as incapacidades práticas da tal “mão invisível do mercado”, de forma a evidenciar que o *laissez contrate*, exclusivamente, não era capaz de manter o fluxo normal no esteio do liberalismo.

Por esse quadrante, Irene Patrícia NOHARA (2016, p. 96) recupera que — de sobremodo — o fim do sistema mercantilista e o estabelecimento de um parâmetro de capital industrial demonstrou que não apenas o Estado poderia figurar na qualidade de opressor, mas que, indo além, também a omissão estatal conduzia ao surgimento de situações amplamente injustas. Aquela pretensa racionalidade do Estado liberal, guardada no Constitucionalismo de primeira geração, ruía e dava lugar ao acréscimo de uma nova concepção: o Estado social<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> A expressão “Estado liberal de direito” está consagrada pela ciência política, mas não necessariamente indica ser a mais adequada. Na verdade, nosso atual modelo de Estado também pode ser definido como liberal, já que garante diversos direitos individuais e, cada vez mais, diminui sua intervenção na economia. Parece que o mais correto seria falar em “Estado legal”, já que, com a derrocada do Estado absolutista e a ascensão do Estado de direito, houve, de fato, uma verdadeira substituição do império da vontade do monarca pelo império da vontade da lei, uma espécie de *totem* da racionalidade moderna. A lei passou a ser a vontade soberana, sob a qual se colocaram o Estado e os cidadãos. Sobre o tema, ver: BONAVIDES, 1996; LUCAS VERDÚ, 1955; PEREZ LUNO, 1994.

<sup>117</sup> Sobre os marcos iniciais do Estado social de direito, em geral a Ciência Política costuma indicar as Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Entretanto, a evolução do modelo estatal intervencionista, com o reconhecimento normativo dos direitos sociais, pode ser

O desenho do aparato estatal no molde social (*Welfare State*) nasce com a preocupação de surtir efeitos no campo material. É necessário considerar que o mercado, em sua livre atuação e com regulação endógena, não proporcionou condições efetivas para a sobrevivência de grande parte dos indivíduos e, simultaneamente, a abstenção estatal contribuiu para a acentuação desse quadro. Assim, o Estado não poderia mais, enquanto organização política e jurídica, eximir-se de lançar seu olhar sobre tal realidade, o que exigiu uma conduta ativa, intervencionista e minimamente preocupada com o bem-estar social, transfigurando a própria estrutura estatal, que passou a ser mais ativa na busca da revisão dos ideais liberais clássicos, com foco nos direitos sociais e na justiça para a coletividade (SILVA, 2016, p. 117).

Desse modo, o Estado passou a ter como missão a concretização de direitos indispensáveis para a proteção dos cidadãos e, ao mesmo tempo, ingerir-se no funcionamento da Economia, de forma que o mercado não pudesse, pelo menos em tese, perpetrar a mesma sistemática verificada no paradigma liberal. É constatável o “*surgimento de monopólios e o conseqüente atravancamento do mercado*” com fito de impedir que a lei da força estivesse conduzindo à concentração de riqueza, num contexto de ausência de regulações.

Como preceitua Eros Roberto GRAU (2010, p. 43), oportuno ressaltar que a nova forma de atuação do Estado não implicava o fim do capitalismo e, portanto, não sinalizava o fim das ideias liberais. De outro modo, a reorganização estatal traduzia a integração, renovação e autenticidade do capitalismo liberal, devendo haver adequado equilíbrio entre as forças do mercado e a sociedade como um todo. A liberdade econômica e a livre-iniciativa passavam, pois, a ter como objetivo não somente a acumulação, mas também o desenvolvimento social. O Estado liberal de direito passava a ser Estado social de direito.

---

recuperada na Alemanha desde a segunda metade do século XIX, em concomitância com a crise do modelo liberal-individualista de Estado. Desse modo, pode-se recuperar como termo inicial de um modelo de Estado intervencionista de feições sociais, ainda que com devidas e acentuadas reservas históricas, sob um prisma muito mais formal que substancial, o governo do chanceler prussiano Otto Von BISMARCK (*Chanceler de Ferro*). Convém ressaltar, por outro lado, que durante o século XIX o papel constitucional dos direitos sociais ficava relegado à condição de meras cláusulas políticas de compromisso, no mais das vezes artificialmente concedidos por elites conservadoras ou liberais reformistas que pretendiam dessarte legitimar o Estado liberal, caracterizado pelo baixo intervencionismo para a contenção das desigualdades sociais, na tentativa de desarticular os movimentos sociais que buscavam um reconhecimento mais amplo de seus interesses. Exemplo paradigmático desse momento histórico é justamente o Estado social autoritário de BISMARCK, no qual os direitos sociais refletiam claras concessões outorgadas *ex principis* por oportunismo político e na intenção de neutralizar as crescentes demandas sociais, muito longe de se constituírem em verdadeiras conquistas decorrentes de movimentos sociais organizados. Sobre o tema, ver: PISARELLO, 2001, p. 81-107.

Com efeito, as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 são verdadeiros marcos na instituição do modelo intervencionista. A mexicana lança bases preliminares no quesito socialidade e, em seguida, a alemã consolida a inserção da preocupação com a dimensão social e sua justiça no plano normativo.

No caso do Brasil, coube à Constituição de 1934<sup>118</sup> modernizar a lógica jurídica, trazendo em seu conteúdo título “*A ordem econômica e social*”, de forma a prever que a ordem econômica se desenvolvesse observando princípios de justiça social e promovendo a existência digna, bem como elencar direitos para trabalhadores. Previu, ainda, que, por motivo de interesse público, poderia haver monopolização de indústria ou atividade econômica.

Pode-se dizer que, entre 1950 e 1970, o Brasil ampliou sua feição de Estado intervencionista, com redimensionamento da estrutura da Administração Pública, a prestação de serviços públicos com pretensões universalizantes e atores estatais direcionados para a execução direta de atividades de caráter econômico. Com a manutenção desse cenário, logo surgiu a necessidade de se repensar a atuação estatal na economia, inclusive em decorrência de crises e das novas tendências mundiais de retorno às premissas de um modelo de Estado mínimo (BOBBIO, 2006).

Já a Constituição de 1988, ao tratar da ordem econômica, estabelece em seu art. 173 que o Estado só poderá intervir na economia em caráter excepcional, de forma que somente haverá permissão para exploração direta de atividade econômica pelo Estado *quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*. E, ainda, que a ordem econômica deve seguir os princípios previstos no art. 170, a saber: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor e do meio ambiente; redução de desigualdades; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O texto constitucional de 1988 firmou o papel regulador do Estado na atividade econômica. Pelo art. 174, o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, com função de fiscalizar, incentivar e planejar, sendo determinante para o setor público e orientador para o setor privado. Sobre o entendimento do conceito de atividade econômica, é pertinente lembrar a lição de Eros Roberto GRAU (2010, p. 103-107),

---

<sup>118</sup> No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a criar uma ordem constitucional econômica. As Constituições anteriores, do Império e da Primeira República, dispunham de algumas normas de caráter econômico, mas a Constituição de 1934 trouxe o aumento do grau de intervenção do Estado no domínio econômico. Nesse sentido, “[...]. Desde então, as Constituições, inclusive a vigente, seguem no sentido de estabelecer um determinado tipo de ordem constitucional econômica”. Sobre o tema, ver: ZIMMERMANN; CONDEIXA, 2014, p. 920.



para quem, em sentido amplo, a noção de atividade econômica abrange: (i) serviços públicos; e, (ii) atividade econômica em sentido estrito. Para o autor, o art. 174 refere-se à percepção de atividade econômica ampla. Destarte, é contemplável a figura do Estado regulador como o agente capaz de fiscalizar, incentivar e planejar as atividades econômicas (*lato sensu*), equilibrando a relação entre livre mercado e sociedade, baseado de forma indireta nos princípios estabelecidos no art. 170.

Sobre o tema, para Luiz Alberto BLANCHET e Roberto Ramos BACELLAR o Estado regulador deixa de exercer diretamente um rol de tarefas e serviços que, até pouco tempo, estavam sob sua obrigação, mas “*que o particular tem condições de prestar, [e] por outro lado, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar, especialmente quando isso for de interesse público*” (BLANCHET; BACELLAR, 2017, p. 1131)). Na mesma lógica, Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 21) esclarece que a redução da intervenção do Estado implica, necessariamente, na proeminência da função reguladora.

Em outra perspectiva, Giandomenico MAJONE e Antonio la SPINA (1993, p. 197-198) consideram que o incremento da atividade reguladora é uma tentativa de conciliar crescimento econômico e potencialização dos direitos sociais, a partir da correção de externalidades negativas decorrentes do livre mercado e da desregulação.

Em síntese, para os contornos do presente estudo, compreende-se o Estado regulador como o arranjo direcionado a normatizar e regular atividades econômicas, em sentido amplo, pelo exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, de modo a conservar a ordem econômica livre de intervenções diretas e promover o desenvolvimento, harmonizando interesses distintos, com a devida observância dos princípios ajustados pela ordem constitucional, em especial com vistas ao cumprimento daqueles objetivos fundamentais tatuados no art. 3º da Constituição de 1988.

## 9.2 Lógica administrativa, função regulatória e infraestrutura

Embora a Constituição de 1988 tenha consagrado o Estado de direito democrático e social, é de se elevar que durante a década de 1990, notadamente com influências advindas do cenário internacional (MEDAUAR, 2002, p. 128), o ordenamento jurídico brasileiro passou a conjugar novos conceitos jurídico-políticos, como, *v.g.*, as noções de privatização, desregulação, transferência de atividades e agências reguladoras.

Neste cenário, convém recuperar a Lei nº 8.031/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND). Referido instrumento normativo fora revogado mais tarde, pela Lei nº 9.491/1997, que modificou os procedimentos da desestatização, trazendo noções de alienação de direitos, transferência de serviços públicos para o setor privado e, também, disposições sobre a função regulatória (art. 29 – regulação pela Comissão de Valores Mobiliários). Inclusive, já em 1996, tem-se a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Lei nº 9.427/1996) e, logo depois, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) (Lei nº 9.472/1997).

Sobre o tema, Irene Patrícia NOHARA sustenta que a reforma administrativa, iniciada em 1990<sup>119</sup> e que deu origem ao Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal (PDRAE), buscou em suma redefinir efetivamente o papel do Estado, diminuindo sua atuação direta no domínio econômico, almejando *“estabilização econômica e de desenvolvimento, considerando que seria necessário que fossem transferidas para o setor privado atividades que pudessem ser controladas pelo mercado”* (NAHARA, 2012, p. 78-79). Posteriormente, o PDRAE – visivelmente conflitante com a lógica administrativa constitucional então vigente – obteve sucesso em seu propósito, resultando na Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o dever de eficiência como princípio básico de um renovado regime jurídico-administrativo.

Em sequência, as Leis nº 9.637/1998 e nº 9.790/1999 trataram da qualificação de pessoas jurídicas privadas na condição de Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), grandes sinalizadoras da transferência de atividades do setor público para o setor privado, na aba do chamado terceiro setor<sup>120</sup> e na esteira da desestatização e da dimensão da eficiência administrativa. Em 2000, surge a Lei nº 9.986/2000, disciplinando a gestão de recursos humanos nas agências reguladoras.

Constata-se, então, que no passo em que o Estado deixa de atuar diretamente no mercado e transfere atividades relativas aos serviços públicos para agentes privados, é instaurado quadro de desregulamentação, exigindo, impreterivelmente, do próprio Estado, com fulcro nas disposições constitucionais relativas ao caráter socializante, a regulação.

Sobre a questão o Estado regulador, Carlos Ari SUNDFELD (2006, p. 23) assinala que a regulação é característica de um padrão econômico, manifestando-se como uma opção de política econômica. Na mesma

---

<sup>119</sup> Para uma análise do período da chamada reforma administrativa da década de 1990, em suas diferentes possibilidades de leituras jurídico-políticas, inclusive controversas e até mesmo entre si contrapostas, ver: BRESSER-PEREIRA, 1998; BANDEIRA DE MELLO, 2019; BANDEIRA DE MELLO, 2009.

<sup>120</sup> Sobre o tema, ver: BARBIERI, 2018; CRISTÓVAM; COSTA; MORAES, 2019; OLIVEIRA, 2011.

linha, Marçal JUSTEN FILHO (2002, p. 24) reconhece a rejeição da atuação do Estado, tanto na atividade econômica estrita, quanto no âmbito dos serviços públicos, no sentido de indicar desejável a substituição do prestador pelo regulador.

Em rico contraponto, Ricardo Marcondes MARTINS tece interessantes críticas, enfatizando que a percepção de regulação, ao admitir a redução do aparelho estatal, conduz à atividade pura e simples de disciplinamento, controle e fomento da iniciativa privada, que deve perseguir um padrão de bem-estar social. Ainda segundo o autor, *“a regulação impõe também obrigações de suportar e de fazer”*, numa espécie de aperfeiçoamento do chamado poder de polícia, atualmente mais incisivo nessa dimensão, acrescentando que *“na teoria da regulação [...] tudo gira em torno do lucro, da eficiência do mercado”* (MARTINS, 2015, p. 453-455).

Referido debate está situado exatamente no epicentro de um claro conflito de agendas político-econômicas, que deságuam diretamente no debate acerca do modelo de Estado e nas respectivas expectativas da sociedade. Um conflito de pautas mais voltadas para um viés social-progressista ou, então, mais afinado a variáveis do discurso neoliberal, mas que, tanto em um caso como em outro, dificilmente conseguirão negar que, em maior ou menor medida, a configuração do Estado regulador tem sido mais recentemente uma tendência, sobretudo por conta dos picos de crise econômica que assolam diversos países. Particularmente no caso brasileiro, essa tendência de ajuste fiscal tem ficado mais evidente desde o final da década de 1990/início dos anos 2000, na esteira da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e, mais recentemente, com a brusca e profunda limitação de despesas primárias trazidas pela criticada Emenda Constitucional nº 95/2016<sup>121</sup>.

Por outro lado, tal discussão acaba sensivelmente atravessado pela atual situação de tragédia humanitária, de saúde pública e econômica (nos setores público e privado) relacionada à Pandemia da Covid-19, ainda de incertos contornos destrutivos nacional e mundialmente, que tem colocado em total e desconcertante descompasso aquelas políticas de ajuste/arrocho fiscal. A face dura e triste de uma crise assim de dimensões planetárias traz à superfície e torna inegável o desacerto de agendas ultraliberais esvaziadoras de um modelo estruturado, sólido e funcional de Estado prestacionista, já que agora só resta o Estado para (bem ou mal) prover saúde e aplacar a fome de cidadãos e cidadãos vulnerabilizados. Nem antes da Covid-19, e muito menos agora, a necessidade de controlar as contas públicas pode corresponder a uma autorização para destruir

---

<sup>121</sup> Sobre o tema, ver: MARIANO, 2017.

o sólido edifício social prometido pela Constituição de 1988. É imprescindível perceber formas criativas de alinhar desenvolvimento social e econômico e, para tanto, a política de regulação, reconfigurando a função do Estado, desponta como um caminho a ser continuamente trilhado no Brasil, mais cativo a este desiderato.

Assim, a implementação de uma conduta regulatória no Estado brasileiro, inclusive na esteira da nova Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), somente estará afinada à dimensão sinfônica normativo-constitucional, se conjugada a partir de uma revisão da organização administrativa voltada à concretização, ainda que de forma mediata, daqueles compromissos teleológicos dispostos no art. 3º da Constituição de 1988.

Nada obstante, e isso precisa ser bem entendido, não é possível construir um modelo de racionalidade administrativa que atraia para si, e somente para si (única e exclusivamente), todas as obrigações constitucionais, em especial aquelas de cunho diretamente positivo/prestacionista. Se, por um lado, a Administração Pública deve concretizar os mandamentos constitucionais, por outro, precisa reconhecer que diante de limitações impostas pela multifacetada realidade, obviamente deve estar sempre aberta ao diálogo inclusivo e ao consenso propositivo junto à sociedade civil e ao setor privado.

Sem sombra de dúvidas, tudo isso impõe a ampla revisão da lógica da atividade administrativa. A Administração Pública precisa migrar para uma forma de relacionamento com a sociedade e com o setor privado amplamente descentralizada, horizontalizada e preocupada com a otimização, na maior medida possível, dos efeitos dessa relação dialógica ao desenvolvimento do Estado e da sociedade. Em outros termos: a congruência administrativa com centralização e sobreposição do interesse público se transforma, na contemporaneidade, alcançando triangulação entre Administração, sociedade civil e atores privados em geral, de forma que função de regulação desponta como instrumental do labor administrativo.

Com efeito, a função regulatória abarca, caracteristicamente, escolha administrativa que, a seu turno, deve ser preenchida pela tecnicidade, sendo este fator preponderante na ação de equilibrar as atividades econômicas (sentido amplo e restrito), de forma que não haja uma assimetria entre mercado e sociedade. Destaca-se, aqui, que a função regulatória é distinta do poder regulamentar conferido aos Poderes, em suas funções típicas<sup>122</sup>. No Estado regulador, a função regulatória – na condição de opção administrativa – funciona com caráter setorial e, por essa razão, a

---

<sup>122</sup> Sobre o tema, ver: GUERRA, 2011.

tecnicidade é indispensável, gerando maleabilidade no procedimento de modelagem de intervenção indireta na economia.

Nesse contexto, já no início dos anos 2000, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2003, p. 132-133) ressaltava esse aspecto da regulação de natureza administrativa, não sendo resultado direto do poder político, mas sim da disposição legiferante aberta para uma modelagem setorial técnica, efetivada por agente regulador específico, ponderando interesses potencialmente ou efetivamente conflitantes.

Por outro lado, tais ideias abrem oportunidade para alguns interessantes questionamentos: até que ponto as escolhas administrativas, produto da função regulatória, poderiam ser questionadas nos aspectos de legitimidade e eficiência, especialmente por não terem uma relação direta com o poder político?

Inegavelmente, trata-se de uma objeção de relevo, mas que não prospera, por algumas razões. No aspecto da legitimidade é imprescindível realçar que a função regulatória, em suma, decorre da própria ordem jurídica brasileira, seja no âmbito constitucional (art. 174 da Constituição), seja no esteio infraconstitucional, com vários instrumentos normativos editados desde 1990, com a criação das agências reguladoras (autarquias em regime especial) e o delineamento da sua forma de operação<sup>123</sup>. Sobre o tema, Bruce ACKERMAN (2006) ensina que existem dois momentos de decisão política: (i) o momento de política constitucional, consolidando decisões extraordinárias; e, (ii) o momento de política comum, que envolve as definições legiferantes ordinárias. Por essa lógica, observa-se que os momentos de política, no Brasil, albergaram a função reguladora, o que indica considerar a existência de uma opção política validando a regulação – ainda que esta não conduza a uma escolha política propriamente dita – sendo, portanto, fonte de legitimidade.

Eficiência, que, para Francesco MANGANARO (2000), traduz-se na prática mais acertada dos mandamentos jurídicos, de forma que não haja prejuízo para o orçamento do Estado e para os cidadãos. Em contraponto, Emerson GABARDO e Daniel Wunder HACHEM (2010, p. 245) compreendem o princípio da eficiência enquanto o desempenho das competências administrativas, guardando a finalidade pública, com emprego de instrumentos favoráveis ao alcance de resultados benéficos, respeitando os direitos fundamentais. Se, numa primeira leitura, tais posições parecem opostas, a bem da verdade não se excluem. Assim, enquadrando a regulação nesse espectro, é possível afirmar a eficiência da ação regulatória e das suas respectivas escolhas, a partir da concomitante aplicação equilibrada

---

<sup>123</sup> Sobre o tema, ver: SOUTO, 1999; CARLI, 2015; BARROSO, 2002.

do orçamento estatal e da melhor concretização dos direitos fundamentais pelos poderes constituídos, pelos entes privados regulados e pela sociedade em geral – no sentido de uma regulação eficiente.

Com efeito, a regulação tem sensível impacto no Brasil, estando presente nas mais diversas áreas, seja nos serviços públicos, com as concessões e permissões, seja nas quebras de monopólio, na exploração de atividades econômicas próprias etc. Na infraestrutura, a ação regulatória ganha relevo, pois trata de setores específicos que são estratégicos para o desenvolvimento: transporte, logística e mobilidade urbana; saneamento básico e recursos hídricos; energia; telecomunicações. Os níveis de regulação contam com competências federal, estadual e municipal, a depender do setor regulado.

Não há ambiguidades sobre a assertiva de que infraestrutura é responsável pelo bem-estar social e crescimento econômico. Os investimentos nessa dimensão são produtores de ganhos e, conseqüentemente, refletem positivamente a demanda da sociedade por bens e serviços, sendo que, no Brasil, este quadro não é distinto.

No caso brasileiro, o setor de infraestrutura tem sofrido considerável impacto negativo nos últimos anos, de sobremodo pela falta de investimentos, atratividade e segurança jurídica. Desde o início dos anos 2000 até 2014, os progressos econômico e social foram visíveis, mas a partir de 2015 o declínio fica evidente, inclusive a partir dos dados do BANCO MUNDIAL (2021). Para traduzir números, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2018) constatou queda no índice de investimento em infraestrutura no Brasil, a saber: de 2001 a 2010, 1,96% do PIB; de 2011 a 2016, 2,19%; e de 2017-2018, apenas 1,77% do PIB.

Até meados de 2014, o empenho governamental em emplacar o desenvolvimento de infraestrutura foi significativo, inclusive a partir das obras do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC) (GOMIDE; PEREIRA, 2018). Mas sobrecustos, atrasos, falta de efetividade e descoordenação comprometeram sua evolução, indicando ausência de governança minimamente satisfatória nessa perspectiva. De forma similar, o setor privado encontra-se desestimulado a investir em infraestrutura, por conta das dificuldades de gerenciamento. Um quadro que ainda tende a sofrer o impacto sobremaneira negativo decorrente dos efeitos da Covid-19 e do pós-pandemia que apenas está a indicar seus efeitos inicialmente mais visíveis e evidentes, mas que ainda tende a diluir efeitos negativos por considerável tempo. Portanto, nota-se que incentivo e promoção de infraestrutura permeiam e exigem da organização estatal.

### 9.3 Governança regulatória como política pública de infraestrutura para o desenvolvimento

O Estado deve atuar, de forma constante, para garantir a infraestrutura necessária ao incremento da economia e do bem-estar social<sup>124</sup>. Nessa senda, expõe-se o dever de estabelecer instrumentos e diretrizes para que, na atuação administrativa, surjam condições favoráveis aos investimentos, de sorte que essa dimensão não seja negligenciada por falta de estratégias adequadas, de maneira especial num contexto que vinha na trilha de uma política (mais ou menos dura) de austeridade fiscal/econômica e que agora é atravessada pelos ainda incertos (porém drasticamente prováveis!) impactos negativos da Covid-19.

A existência de ativos infraestruturais (rodovias, hidrovias, hidrelétrica, sistemas hídricos inteligentes, esgotos etc.) representa certo caminho para a produtividade e o aumento da competitividade<sup>125</sup>, tanto em âmbito nacional quanto no plano internacional. O Estado não pode se furtar da função de técnico nessa orientação. Por esse quadrante, a regulação — na qualidade de arranjo administrativo — traduz-se em verdadeira política pública.

Na regulação, o Estado interfere indiretamente na economia, mediante entes autárquicos especiais (agências reguladoras) em tese equidistantes em referência ao poder público, regulado e usuários, de forma a equilibrar prestações e relações ocorridas no âmbito de um setor específico, vigiando o processo econômico, estabelecendo regras e compondo as eventuais controvérsias.

Em que pese a regulação estar mais ligada a uma decisão de política econômica (SUNDFELD, 2006, p. 23), não se pode olvidar o seu caráter administrativo, bem como de que sua consolidação exige uma plêiade de atos coordenados e alinhados às diretrizes constitucionais: organização de padrões regulatórios, definição de regras aplicáveis, fiscalização e punição de transgressores (SOUTO, 2001, p. 441).

De outro lado, imprescindível avultar que a regulação persegue, em termos de objetivo, o interesse público, compreendido em seu sentido primário, alcançando os interesses coletivos e a proteção da dignidade humana, vez que faz a harmonização não só dos interesses estatais, mas

---

<sup>124</sup> Para uma abalizada análise acerca do Direito Administrativo da infraestrutura, ver: DAL POZZO, 2020.

<sup>125</sup> Segundo o Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupava a 71ª posição no *ranking* de competitividade mundial. Sobre o tema, ver: WORLD ECONOMIC FORUM, 2019. p. xiii.



também dos interesses do setor privado e dos cidadãos em geral<sup>126</sup>. A reforçar tal entendimento, Floriano de Azevedo MARQUES NETO lembra que “[...] a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável, como é essencial para atingir o interesse público” (MARQUES NETO, 2009, p. 89).

Como visto, a regulação assume uma condição instrumental à promoção da infraestrutura no Brasil, apta a incentivar os devidos aportes para a implementação de projetos voltados a gerar as necessárias condições de investimento. Mas, a toda evidência, a regulação não deve ocorrer de qualquer forma, pois se a função regulatória pode ser tomada enquanto arranjo administrativo, deverá obedecer a disciplina jurídica aplicável, tal e qual observará a devida organização estratégica e prospectiva das ferramentas empregadas.

À vista disso, tem-se a governança regulatória como o conjunto de instrumentos e práticas, tecnicamente alinhados, destinados à maximização da legitimidade, eficiência e transparência nos processos de regulação e normatização, a estimular a compatibilização entre interesses dos atores envolvidos (Estado, entidades privadas e cidadãos), com vistas à efetiva promoção do desenvolvimento. A governança regulatória deve ser percebida como uma política pública destinada à promoção do desenvolvimento, assentada no âmago da atuação estatal e, portanto, capaz de conferir materialização aos objetivos definidos pela Constituição de 1988.

Para Maria Paula Dallari BUCCI, política pública é o projeto de conduta governamental, resultante de procedimento juridicamente disciplinado, almejando organizar os meios disponíveis ao Estado e às atividades privadas, devendo corporificar objetivos socialmente importantes e determinados por uma opção política. Ainda para a autora, “*decompondo-se o conceito proposto, extraem-se os elementos de estruturação a seguir: ação-coordenação, processo e programa*” (BUCCI, 2006, p. 39-40). No programa se tem a definição de objetivos e meios; na ação-coordenação, a organização administrativa conducente ao ato concreto; e, por derradeiro, no processo os atos que levam a um fim.

Transpondo essas concepções para a governança regulatória: (i) o programa corresponde ao intento de regular e normatizar setores econômicos; (ii) a ação-coordenação diz respeito ao movimento de, estrategicamente, alinhar os instrumentos de regulação numa direção específica (harmo-

---

<sup>126</sup> Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “*conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)*”. Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, 2015, p. 98-117.

nizar interesses entre o Poder Público, regulador, regulado e cidadãos/usuários); e, por último (iii) no processo estão albergados os atos ordinários da função regulatória (edição de normas, definição de padrões de regulação, fiscalização e procedimento sancionador).

Portanto, a governança regulatória é política pública fundamental, sobretudo por renovar o papel do Estado, que não é apenas regulador, mas regulador estratégico, almejando maximizar os efeitos positivos que a atividade regulatória pode prover no âmbito nacional. Para Gilberto BERCOVICI, “o planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística” (BERCOVICI, 2006, p. 145). É exatamente nesse sentido que a governança regulatória surge no âmbito da infraestrutura.

Tratar da governança regulatória como modelo de gestão significa repensar a função do Estado regulador: mesmo com a instituição desse modelo estatal, no Brasil, nos últimos anos o investimento em ativos de infraestrutura ficou bem abaixo do esperado, chegando a 1,77% do PIB (2017/2018). Isso parece evidenciar que a ausência de planejamento no âmbito regulatório não transmite segurança e condições institucionais para captação de investimentos nos setores regulados. Do ponto de vista econômico, mostra-se imprescindível que a regulação esteja inserida num cenário de planejamento prospectivo. Neste ponto, Gilberto Bercovici compreende reformas estruturais como aspectos importantíssimos na política econômica e condição para política de desenvolvimento, e a governança regulatória como uma reforma estrutural para o setor de infraestrutura (BERCOVICI, 2006, p. 158).

Entretanto, a implementação da governança para a regulação não constitui tarefa simples. Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI), da Fundação Getúlio Vargas (FGV), indica que, considerando as constantes e fluidas modificações nos negócios infraestruturais, a governança depara-se com: (i) a fragilidade das políticas setoriais e respectiva articulação; (ii) o problema da excessiva judicialização; (iii) limitação orçamentária; e, (iv) as pressões nas relações com o Poder Executivo e os órgãos controladores (CERI-FGV, 2018, p. 21).

Sobre essas questões, a recente Lei das Agências Reguladoras inovou no sentido de disciplinar, de modo sistemático, a atuação das agências, tratando da gestão, organização, processo decisório e controle social, reforçando, dessa maneira, a importância da governança no contexto da regulação, o que pode significar, na prática, a redução dos problemas enfrentados pela referida política pública.

Com relação à fragilidade de políticas setoriais e a desarticulação, parece visível que a Lei das Agências Reguladoras busca evitar a assimetria entre

os setores regulados. Isso contribui para a aplicação estável de princípios e normas, a conduzir na orientação de tornar clara uma espécie de política geral de setores, alinhada ao texto constitucional vigente, deixando margem de regulação específica, que fica a cargo da respectiva agência. Na mesma toada, o referido instrumento normativo alinha, num plano macro, o processo decisório das agências reguladoras (arts. 4º e seguintes), ao tempo em que estimula a interação entre agências, órgãos de defesa da concorrência, órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente. Nesse passo, merece destaque a previsão da chamada interação operacional, que deve ocorrer entre as agências federais e agências ou órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais, com a descentralização das funções fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais (art. 34).

No que toca ao processo de judicialização e às pressões exercidas pelos órgãos de controle, as prescrições normativas do Capítulo II da Lei das Agências Reguladoras, quando tratam da prestação de contas e do controle social, impondo a divulgação anual de relatórios, planos estratégicos e de gestão, tendem a aumentar a transparência (*accountability*)<sup>127</sup> e, por consequência, a legitimidade da atuação das agências no âmbito dos setores regulados. Isso pode influenciar na minimização dos efeitos de interferência do controle, pois a lógica é de que quanto maior a transparência, maior será a legitimidade e a propriedade de ação na regulação da infraestrutura.

Na mesma esteira, a Lei nº 13.655/2018, que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no sentido de estabelecer maior segurança jurídica à atividade administrativa em geral e à relação entre o Poder Público e os particulares, também repercute no controle externo dos entes reguladores. A título exemplificativo, o seu art. 20 prevê que as decisões das instâncias controladoras, caso ocorram com base em valores jurídicos abstratos, deverão considerar as consequências práticas da decisão. Também o seu art. 21 prevê a necessidade de apontamento das consequências jurídicas e administrativas no caso de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma, a considerar as condições de realidade e exigência das políticas públicas, como assevera o respectivo art. 22<sup>128</sup>. Com isso, abre-se — no plano normativo — caminho para que a atividade das agências não seja em certa medida suplantada/esvaziada pelo controle judicial ou de tribunais de contas, sobretudo por conduzir a atividade de controle no sentido de observar o respectivo contexto regulatório, que em geral é altamente técnico.

---

<sup>127</sup> Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2021.

<sup>128</sup> Sobre o tema, ver: CRISTÓVAM; SOUSA, 2020; CRISTÓVAM; SOUSA, 2021.

A respeito de influência do Poder Executivo é de sublinhar a previsão do art. 3º da Lei das Agências Reguladoras, quando afirma a natureza especial dos entes regulatórios, inexistindo tutela ou subordinação hierárquica, contando com autonomia decisória, funcional, administrativa e financeira. Tal prenúncio reivindica, no plano jurídico, o afastamento de ingerências indevidas por parte do Executivo, mas há de se compreender que, inclusive a partir do orçamento, pode haver o esvaziamento de sua autonomia, mormente pelo contingenciamento de recursos, infelizmente uma realidade notória na existência das agências reguladoras no Brasil (CER-FGV, 2016).

Além disso, parece salutar reconhecer que a política pública de governança regulatória, no terreno das Agências Reguladoras Federais de Infraestrutura (Agência Nacional de Energia Elétrica (ANELL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)), é promotora de desenvolvimento.

Entretanto, isso impõe uma dimensão qualificada de desenvolvimento: o desenvolvimento nacional sustentável, que *“deve ser concebido como a conjugação de crescimento econômico, social e ambiental, resultado de uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos 3º, 170, VI e 225 da Constituição de 1988”* (MAIA; SOUSA, 2018, p. 50). Nessa lógica, o desenvolvimento resultante da governança regulatória, no esteio da infraestrutura, coaduna-se com a Agenda 2030 da ONU e seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs), de maneira particular no espectro dos ODSs nºs 8 e 9 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

No Objetivo 8, persegue-se o trabalho decente e crescimento econômico (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). A ideia central é o impulsionamento do crescimento econômico, com tecnologia, inovação e serviços de ponta, de forma que haja o aumento nos postos de trabalhos decentes, maximizando a renda per capita individual, orientando para o crescimento do PIB em 7% nos países menos desenvolvidos. Por óbvio, os investimentos em infraestrutura no Brasil, devidamente regulados, emplacam a construção de rodovias, melhoria na distribuição de energia elétrica, extração de gás natural, dentre outros movimentos capazes de gerar crescimento e renda.

Por derradeiro, no seu Objetivo 9 a Agenda 2030 persegue o desenvolvimento de infraestrutura de qualidade, sustentável e resiliente nos cenários nacional e transfronteiriço, apoiando o crescimento econômico e a implementação do bem-estar social, *com foco no acesso equitativo e a*

*preços acessíveis para todos* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). Inquestionavelmente, o ODS 9 situa-se diretamente no cerne da função regulatória para a infraestrutura: atuação indireta do Estado na economia, de forma a compatibilizar interesses públicos e interesses privados, tendo em mira a concretização dos objetivos da Constituição de 1988.

## Considerações finais

No Brasil, o Estado regulador apresenta-se como fruto de uma escolha constitucional, admitindo uma redução considerável da atuação direta do Estado nas atividades econômicas, o que indica o necessário estímulo ao setor privado para fazer os respectivos investimentos necessários e adequados.

A regulação impõe, sem sombras de dúvidas, uma função mais horizontal e dialogada à atuação estatal, estimulando que, por meio da regulação e da normatização, a estrutura administrativa equilibre interesses distintos e se mostre, na medida do possível, aberta e descentralizada para orquestrar a evolução econômica e os fluxos produtivos que dela decorrem.

Desde o início da década de 1990, o Brasil conta com novos modelos de atuação estatal e novos desenhos de institutos relacionados à desestatização, desregulação, transferências de atividades, terceirização, concessões, permissões, parcerias, dentre outros. Nessa esteira, surgiram as agências reguladoras, de forma que a intervenção indireta do Estado nas atividades econômicas se converteu em instrumento estratégico para o país. O Direito Administrativo teve de se lançar em novos ares, inclusive ampliando suas conexões com o Direito Econômico, sendo a função regulatória um dos principais pontos de encontro dessas duas áreas.

Apesar do aperfeiçoamento, nas duas últimas décadas, de estrutura regulatória robusta, os investimentos nos setores de infraestrutura permaneceram insuficientes, aquém do necessário para a incrementação de fluxos produtivos e consolidação de ativos infraestruturais, indispensáveis ao desenvolvimento. Pesaram nesta conta, sobretudo, a descoordenação, a falta de segurança jurídica e de políticas setoriais claras, tudo a desaguar diretamente em um padrão insuficiente de consolidação de infraestrutura sustentada. Além da dimensão econômica, a dimensão organizacional da Administração Pública repercute negativamente na atração de investimentos.

Nessa lógica, a governança regulatória constitui-se como política pública de planejamento estratégico e prospectivo para os setores de infraestrutura no Brasil, harmonizando interesses do Estado, entes privados e sociedade, apta a induzir realização de investimentos em infraestrutura,

promovendo o desenvolvimento sustentável, nas suas dimensões econômica, social e ambiental.

Em síntese, são contempláveis/conciliáveis, na racionalidade da política pública citada, interesses econômicos e bem-estar social. Ademais, a política de governança regulatória ocorre, por seus objetivos, em sinergia com a Agenda 2030 da ONU e seus ODSs, de forma particular com os objetivos 8 – trabalho decente e crescimento econômico; e, 9 – indústria, inovação e infraestrutura. Sim, inegavelmente há um longo caminho a ser trilhado, mas sempre importa sobretudo discutirmos se estamos no rumo certo e, se necessário, como se pode promover eventuais correções de rota, da melhor forma possível. A ideia da governança regulatória como política pública fundamental, em especial no contexto da infraestrutura brasileira, contribui decisivamente nesse sentido.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE**, Salvador, n. 17, p. 1-13, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=311>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BANCO MUNDIAL. **Brasil**: aspectos gerais. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview#1>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor**: desafios e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 12, n. 3, p. 1125-1153, 14 dez. 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12089>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/360>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARLI, Vilma. Características das agências reguladoras. In: CARLI, Vilma. **O direito constitucional econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CERI-FGV. **Autonomia financeira das agências reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. Disponível em: <[https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/29\\_autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/29_autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf)>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CERI-FGV. **Regulação e infraestrutura**: em busca de uma nova arquitetura. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.



CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; COSTA, Mateus Stallivieri da; MORAES, Arthur Bobsin de. Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atividades do terceiro setor. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 105-123, abr./jun. 2019. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1108/808>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. A centralidade da noção de accountability como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 87-108, abr./jun. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da administração pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Segurança jurídica no âmbito da gestão pública: a LINDB e o necessário retorno do pêndulo. In: SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Org.). **Segurança jurídica e Estado de direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre; PIRES, Luís; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMIDE, Alexandre; PEREIRA, Ana. Os desafios da governança da política de infraestrutura no Brasil: aspectos políticos e administrativos da execução do investimento envolto em projetos. In: **Governança da política de infraestrutura**: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de Direito Administrativo? **Revista Direito GV**, São Paulo, 7 (1), p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808=24322011000100007-&lng=pt&lng-pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808=24322011000100007-&lng=pt&lng-pt)>. Acesso em: 8 nov. 2022.

HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções – 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

IPEA. **Desafios da nação**: artigos de apoio. Rio de Janeiro, IPEA, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de derecho y Estado social de derecho**. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto; SOUSA, Thanderson Pereira de. Licitações, políticas públicas e desenvolvimento sustentável. **Revista Inclusiones**, Santiago, vol. 5, n. 3, p. 48-58, jul./sep. 2018. Disponível em: <<http://www.archivosrevistainclusiones.com/gallery/2%20vol%205%20num%203%20%202018%20julioseprv%20inclu.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MAJONE, Giandomenico; SPINA, Antonio la. El estado regulador. **Gestión y política pública**, [s.l.], vol. II, n. 2, jul./dec. 1993. Disponível em: <[http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2775/MG\\_Vol.II\\_No.II\\_2dosem.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/2775/MG_Vol.II_No.II_2dosem.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa**: i profili critici e principi ricostruttivi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neo-constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50289/31682>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: preliminares – o Estado e os sistemas constitucionais. t. I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Atlas, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impactos da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor: desenvolvimento social sustentável. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coords.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 8**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 9**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods9/>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

PEREZ LUNÑ, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PISARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 15, p. 81-107, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The global competitiveness report 2019**. Geneva: WEF, 2019.

ZIMMERMANN, Augusto; CONDEIXA, Fábio. **Direito constitucional brasileiro II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



# A responsabilidade governamental: a necessidade de (re)pensar o dever jurídico-democrático no âmbito da jurisdição das contas governamentais

*Sabrina Nunes Iocken*

## Introdução

Muitas foram as conversas formais. Mas era no cafezinho que as ideias surgiam. Começávamos a discutir no percurso entre a sua sala, no quarto andar do PPGD (UFSC), e a cafeteria. Um trajeto curto, mas que levava mais de meia hora para ser percorrido, pois sempre encontrava um aluno, um professor ou alguém que fazia questão de cumprimentá-lo. Mesmo após assumir o cargo de Reitor, Cau, como era chamado por todos, manteve a mesma disponibilidade, a mesma simplicidade e o mesmo hábito de percorrer o campus da faculdade para tomarmos um cafezinho. Sou grata ao meu orientador Luis Carlos

Cancellier de Olivo pelo convívio acadêmico e pela generosidade de sempre compartilhar<sup>129</sup>.

O presente artigo debruça-se sobre as premissas teóricas que alicerçaram a tese de doutorado, publicada pela Editora Fórum, em 2018, na obra “Controle Compartilhado das Políticas Públicas”, para, a partir dela, avançar no estudo sobre um tema essencial no debate contemporâneo: a responsabilidade governamental no âmbito da Prestação de Contas Públicas.

O problema central deste estudo decorre do questionamento sobre a sistemática adotada pelo sistema de controle externo para a apreciação da responsabilidade governamental nas esferas federal, estaduais e municipais no âmbito do Processo Anual de Prestação de Contas. O objetivo primordial é o de propor reflexões sobre as premissas teóricas de um modelo contemporâneo no âmbito da jurisdição das contas públicas.

A relevância da temática decorre da necessidade de aprimoramento dos mecanismos de *accountability* democrático, de modo a solidificar as funções institucionais contramajoritárias (ROSANVALLON, 2015). A compreensão da existência de uma sociedade da desconfiança (PEYREFITTE, 1999) e de seus preceitos torna-se fundamental para identificar o papel das instituições no processo de construção democrática, sobretudo no que se refere aos processos decisórios que derivam da disputa de poder subjacente à agenda de prioridades públicas. Assim, compreender o aspecto político é pressuposto necessário para compreender os contornos que envolvem os programas governamentais e suas políticas públicas.

Cabe ao sistema de controle, nesse contexto, aferir a fiabilidade, a confiança das contas apresentadas pelo governante, além de tornar legível o desempenho do mandato num determinado intervalo temporal, o do exercício financeiro. Mas, não só.

O arquétipo de prestação de contas tem apresentado significativas mudanças, estando numa fase de transição entre o modelo restrito à análise de dotações orçamentárias relativas a despesas e receitas e o modelo integrado-sistêmico da análise orçamentária. Por certo que a inserção do exame das políticas públicas constitui uma das etapas necessárias nesse processo de transformação.

A proposta do *sharing control*, resultado da pesquisa de doutorado na UFSC<sup>130</sup>, apresenta uma nova etapa na evolução do exame das contas

<sup>129</sup> A tese também teve a coorientação do prof. Juarez Freitas, cujos diálogos e contribuições foram decisivos no processo de construção do pensamento acadêmico.

<sup>130</sup> IOCKEN, Sabrina Nunes. *O controle compartilhado das políticas públicas: uma nova racionalidade para o exercício democrático pela sociedade da desconfiança*. 2017, 279 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Orientador, Luiz Carlos Cancellier de Olivo; coorientador, Juarez Freitas. Disponível em: PDPC1316-T.pdf. Acesso em: 31 out. 2022.

governamentais, em que o controle compartilhado é compreendido a partir da interação dinâmica de diversos atores sociais e institucionais. A ampliação do fluxo informacional, de modo a incluir inclusive os beneficiários das ações, alarga de modo disruptivo o processo de legitimidade democrática pela ampliação da participação no processo de construção da ação pública.

Uma transformação que se inicia ampliando a perspectiva orçamentária para inserir etapas de controle e avaliação de políticas públicas, no intuito de avançar para uma perspectiva dinâmica atrelada à democracia de exercício. O objetivo, portanto, direciona para reflexões sobre o controle da boa governança no âmbito de uma concepção mais ampla de Direito Governamental e sobre a perspectiva da *responsabilidade de governo*.

No cenário nacional, o modelo hoje existente é carecedor de uma sistematização adequada das regras de responsabilidade governamental, contribuindo para um cenário de insegurança e decisionismos que impactam na gestão dos recursos financeiros-orçamentários. Ao contrário da transformação que se almeja, o que se tem é um ambiente multiplicador de disfuncionalidades do âmbito do controle externo<sup>131</sup>.

Os contornos do novo modelo passam necessariamente pelo redesenho dos órgãos de controle, pela formação de um Sistema Tribunais de Contas Digitais, pela (re)definição dos deveres jurídicos e pela sistematização adequada das regras de responsabilidade e da tipologia sancionatória decorrentes da responsabilidade de governo. Avanços necessários para pavimentar a adoção do *sharing control*, um modelo de maior interação entre atores sociais e institucionais.

## 10.1 O parecer prévio das contas governamentais

Primeiramente é preciso compreender em que consiste a prestação de contas governamentais. O controle das contas sob a perspectiva dos atos de governo está amparado pelo art. 71, I, da Constituição Federal, iniciando-se pela emissão, pelos Tribunais de Contas, do Parecer Prévio, que abrange a apreciação de todos os atos de caráter financeiro, orçamentário e patrimonial do governo.

Posteriormente, o referido documento é encaminhado para julgamento a ser realizado pelo Poder Legislativo. No caso do julgamento das contas do Presidente da República e dos Governadores, adota-se a regra da

<sup>131</sup> Sobre o tema v. OGATA, Ana Karina Koda *et al.* Assimetrias no conteúdo informacional das súmulas dos tribunais de contas brasileiros e seus impactos no princípio da isonomia. *Revista Direito GV* [online]. 2021, v. 17, n. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172202113>>. Acesso em: 31. out. 2022.



maioria para aprovação ou rejeição. No âmbito municipal, há uma regra específica, em que se exige o quórum qualificado de 2/3 do legislativo local para divergir do posicionamento presente no Parecer Prévio, conforme dispõe o art. 31, § 2º, da CRFB. Deve-se destacar, portanto, que o julgamento político das contas do Chefe do Poder Executivo realizado pelo Parlamento é antecedido pela apreciação formal realizada pelo Tribunal de Contas sobre a gestão financeira, orçamentária e patrimonial do ente federado constante no denominado Parecer Prévio.

Todavia, o sistema de controle externo é composto por 33 Tribunais de Contas, cujas normas processuais estão contidas em legislação específica, seja Lei Orgânica, seja Regimento Interno, ou mesmo atos normativos emitidos pelas próprias Cortes de Contas. A ausência de uma sistemática nacional sobre os procedimentos e os processos que tramitam nos 33 Tribunais de Contas pode ser considerada um dos primeiros obstáculos para a inexistência de uma uniformidade em relação à emissão do Parecer Prévio, que afeta não apenas o rito processual, mas também a definição dos aspectos materiais que podem ou não ensejar a reprovação das contas<sup>132</sup>.

Recentemente, foi publicada a Resolução nº 01/2021 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), a qual elencou parâmetros, ainda que meramente facultativos, direcionados à sistematização da apreciação do Parecer Prévio nas contas do Chefe do Poder Executivo. Um esforço conjunto que reforça a necessidade de uma melhor sistematização normativa.

Deve-se reconhecer que o modelo adotado pelo TCU para apreciação das contas do Presidente da República é utilizado, em grande parte, por muitos Tribunais. Mas o fato é que cada Tribunal possui uma lei própria, a qual estabelece os parâmetros formais e materiais que disciplinam esse tipo de julgamento.

A relevância do Parecer Prévio está intrinsecamente relacionada ao processo de *accountability* da ação governamental. De acordo com Oliveira (2017, p. 51-53), o objetivo da prestação de contas é, dentre outros, o de fornecer ao Poder Legislativo local o exame sobre a execução do orçamento, dos programas governamentais e das contas públicas em sentido estrito (patrimônio público, situação fiscal de curto, médio e longo prazo, execução do PPA) e em tempo hábil para serem utilizadas na apreciação da proposta orçamentária do exercício seguinte.

---

<sup>132</sup> Importante destacar o diagnóstico realizado por Cunha (2019, p. 29-31; 36), a partir de uma análise comparativa entre Pareceres Prévios emitidos por dez Tribunais de Contas brasileiros, no período de 2007 a 2014, selecionados a partir do critério quantitativo orçamentário/geográfico, o qual aponta para necessidade de uniformidade em relação à metodologia e ao conteúdo do parecer prévio.



A responsabilidade governamental assume especial importância, pois corresponde à avaliação das receitas e despesas públicas sob os parâmetros de eficácia, eficiência e economicidade. É um controle que se debruça sobre o orçamento público, o qual, como bem aponta Bouvier (1998), presta-se a responder três indagações centrais: quais os serviços e bens que o Estado vai oferecer gratuitamente à população; quem suportará e em que meios se dará o custo do financiamento desses serviços; e quais serão as consequências para a economia global das relações financeiras exteriores da nação. É essa a base do Parecer Prévio, por onde devem ser apresentadas as respostas que foram dadas a tais indagações.

Como ensinam Conti e Carvalho (2020, p. 301), a lei orçamentária expõe as decisões da sociedade sobre a aplicação dos recursos públicos: como, para quem, quando, quanto vai gastar etc. Da mesma forma, é o momento em que se evidenciam o que não será feito, quais demandas não serão atendidas. É, segundo os autores, o momento da definição das ‘escolhas trágicas’.

O Parecer Prévio constitui, portanto, um instrumento relevante para o Poder Legislativo, não apenas em relação ao passado (prestação de contas propriamente), mas em relação ao futuro, já que seu conteúdo apresenta informações técnicas e úteis para subsidiar as discussões, (re)alocações de dotações orçamentárias (quais ações serão financiadas e quais não serão), bem como a avaliação do desempenho dos programas governamentais.

É nesse sentido que o controle do orçamento público deve ir além da simples análise de dotações orçamentárias relativas a despesas e receitas, desempenhando seu papel de: (i) indutor das relações de confiança político-democrático; (ii) garantidor da boa gestão orçamentária, financeira e patrimonial; e (iii) controlador/avaliador de políticas públicas eficazes e geradoras de valor público.

## 10.2 A responsabilidade governamental

A percepção de mau governo, que na antiguidade clássica atribuíam-se ao campo ético moral do governante, é vista posteriormente em Maquiavel como responsabilidade pelo êxito na manutenção do poder. Assim, para o filósofo, o mau governo não tinha qualquer relação com aspectos do comportamento, mas sim da capacidade na manutenção do poder, de modo que a máxima maquiavélica, na qual “os fins justificam os meios”, retira o julgamento político sobre a pessoa e o comportamento do governante.

No século XXI reacendem discussões sobre a figura do governante, sob o alicerce da ciência política contemporânea. As qualidades pessoais alicerçam a concepção de democracia da confiança apontada por Rosan-

vallon (2015, p. 335), em que ao menos duas qualidades se impõem: a integridade e a veracidade da fala. Repensar e refundar simultaneamente a atividade cidadã e as instituições democráticas implica em não permanecer numa democracia de autorização, como requisito único para “o governar”. A concessão eleitoral mediante o voto não é autossuficiente, como aponta Rosanvallon (2015, p. 333), pois exige de igual modo que as condições para o exercício do poder também obedeçam aos critérios democráticos.

Peyrefitte (1999) define a sociedade de desconfiança como uma sociedade conflituosa, com constante insegurança entre seus membros, sendo alimentada por uma burocracia hipertrofiada e ineficiente. Por outro lado, a sociedade de confiança é percebida como uma sociedade cooperativa, com maior dinamismo e baixo grau de arbítrio estatal. O politólogo francês Pierre Rosanvallon (2015) também ingressa no campo da confiança para desenhar o que ele denomina de “democracia da confiança”, trazendo a integridade e o discurso veraz como elementos-chaves para a reconstrução dos vínculos de confiança social.

Por certo que os mecanismos de confiança passaram por uma evolução ao longo da história. França e Nóbrega (2019), em provocação ao *pacta sunt servanda*, resgatam o motriz que impulsiona o cumprimento dos acordos. Inicialmente a reputação, ou seja, a palavra que orientava o agir; posteriormente, o Estado e sua burocracia passam a ser instrumentos de composição e suporte das garantias contratuais; e, hoje, inicia-se um modelo em que a tecnologia e, mais especificamente, o *blockchain* são tidos como uma solução para desempenhar, com mais agilidade e segurança, a função de garantidor das relações de confiança. Reflexos que, por óbvio, não estão restritos às relações contratuais.

É sob a arquitetura da confiança, em suas múltiplas facetas, que se projeta o acompanhamento da responsabilidade governamental. De modo didático, pode-se considerar o controle das contas governamentais a partir de três eixos: (i) o da responsabilidade político-democrática, que exige uma espécie de prestação de contas em relação aos compromissos políticos democráticos assumidos no discurso eleitoral para a escolha do governante; (ii) o da responsabilidade pela gestão fiscal equilibrada, que prevê a verificação do atendimento aos limites previstos pelos diplomas legais (lei de responsabilidade fiscal) e constitucionais; e (iii) o da responsabilidade pelo valor público gerado, que se relaciona à melhoria dos indicadores atrelados às políticas públicas implementadas, conforme dispõe o § 16 do art. 165 da CFRB, introduzido pela EC 109/2021.

### **10.2.1 A dimensão político-democrática da responsabilidade governamental**

São as promessas de campanha, realizadas no período eleitoral, que pavimentam o vínculo de confiança entre o candidato e o eleitor e, posteriormente, entre o administrador público e a sociedade. No cenário nacional, a Lei nº 9.504/1997 determina que o candidato ao cargo do poder executivo, no momento do registro da sua candidatura na Justiça Eleitoral, apresente o seu Plano de Governo, o qual não pode ser concebido como uma mera peça de ficção.

Um bom plano de governo deve ser construído a partir do levantamento de dados reais sobre o ente federado onde se pretende governar, para identificar as áreas nas quais o candidato pretende atuar, de modo que as ações/projetos propostos constituem as diretrizes para o planejamento dos programas governamentais ao longo de sua gestão.

Desse modo, a análise da responsabilidade político-democrática no âmbito da jurisdição financeira já se faz presente, nesta etapa inicial, para o acompanhamento da aderência entre o Plano de Governo, apresentado à Justiça Eleitoral no momento do registro da candidatura, com o Plano Plurianual (PPA), aprovado no primeiro ano do mandato. O PPA solidifica o plano de governo ao planejamento, definindo diretrizes, objetivos e metas para a Administração Pública para os quatro anos seguintes.

Outro ponto que se insere no campo da responsabilidade político-democrática está atrelado ao grau de transparência da gestão fiscal, entendida como a produção e divulgação sistemática de informações ao cidadão. A disponibilização de dados em linguagem clara e acessível a todos os tipos de público é requisito essencial para que o postulado da transparência seja de fato atendido.

O imperativo da transparência na gestão fiscal (CONTI; CARVALHO, 2020, p. 305) impõe a decodificação dos códigos orçamentários, de modo a evidenciar quais são as decisões, quais foram as escolhas e não escolhas realizadas, assim como quais foram os resultados alcançados. Para tanto, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe em seu art. 48 acerca do que os autores denominam de “instrumentos de transparência fiscal”, tais como os planos, os orçamentos, as leis de diretrizes orçamentárias, as prestações de contas e o respectivo Parecer Prévio, relatório resumido de execução orçamentária e relatório de gestão fiscal.

Além disso, os canais de participação social, como o orçamento participativo, definido no art. 48, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, e a participação em Conselhos estimulam a participação cidadã.

Todos esses elementos fortalecem a confiança democrática e constituem pressupostos necessários, os quais compõem um modelo contemporâneo de prestação de contas. Canais que devem ser ampliados em decorrência da transformação digital facilitada pelas Tecnologias da informação e comunicação (TICs).

### **10.2.2 A dimensão financeira da responsabilidade governamental: a boa gestão orçamentária, financeira e patrimonial**

A gestão fiscal responsável decorre da obrigatoriedade do equilíbrio orçamentário e financeiro, de modo a atender o cumprimento dos limites estabelecidos pelas legislações específicas e pela própria constituição.

Isso se dá, por exemplo, na verificação da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, nos termos estabelecidos pelo art. 198 da CF/1988 c/c o art. 77, III, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que prevê o limite constitucional relativo à aplicação de no mínimo 15% das receitas com impostos.

Do mesmo modo, deve ser verificado se o gasto mínimo de 25% das receitas provenientes de impostos, compreendidas as decorrentes de transferências, com manutenção e desenvolvimento do ensino foi atendido.

Inserem-se assim nesse eixo, também, a verificação dos resultados orçamentário e financeiro; o exame do cumprimento dos limites de gastos constitucionais e legais com gastos em pessoal e acompanhamento da situação atuarial do regime próprio de previdência; e a verificação da aderência do município ao Modelo de Governança e Gestão – Gestão.gov.br da Secretaria de Gestão (SEGES) da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia.

### **10.2.3 A dimensão finalística da responsabilidade governamental: o valor público gerado**

O estudo do Estado em ação é o ramo mais recente da ciência política, como expõe Muller (2018, p. 7-11), em que as políticas públicas são tidas como o modo de governo nas sociedades complexas. Assim, a terceira dimensão está intimamente relacionada à investigação sobre o desempenho institucional decorrente do valor público gerado<sup>133</sup> a partir de políticas públicas implementadas pelo governo.

<sup>133</sup> Valor público é, nos termos definidos pelo art. 2º, II, do Decreto nº 9.203/2017, *produtos e resulta-*

A recente EC nº 109/2021 tratou de inserir um novo dever constitucional: as peças orçamentárias devem estar atreladas aos resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas. O parágrafo 16, inserido no art. 37 da Constituição, determina que os órgãos e as entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, nos termos legais.

Ao definir as políticas públicas a serem executadas, o gestor deve estabelecer com clareza o resultado a ser alcançado, qual o valor público que será oferecido e para quem deve esse valor ser direcionado. Surge aí a necessidade de construção de uma relação dialógica entre governantes e governados, em prol do exercício contínuo de legitimidade democrática e do desenvolvimento sustentável.

Gerar valor público ao mesmo tempo que impulsiona o agir estatal, estabelece parâmetros desejáveis a serem alcançados. Daí a importância de indicadores como os contidos na Agenda 2030, cuja bússola aponta para a sustentabilidade. Juarez Freitas (2019) apresenta de modo cristalino a definição de sustentabilidade multidimensional como sendo:

[...] o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, 2019, p. 337)

A compreensão multidimensional impõe ir além do exame contábil de despesas e receitas, pois pressupõe que os órgãos de controle verifiquem como os recursos públicos foram utilizados no atendimento do interesse comum, mediante o acompanhamento das políticas públicas e dos programas governamentais, no momento da análise das contas governamentais para fins de emissão do Parecer Prévio.

Destaca-se que a importância de tais informações não se restringe às etapas de controle e avaliação das políticas públicas, mas também à

---

*dos gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representam respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos. Ou seja, é oferecer aquilo que realmente contribui para melhorar a vida do cidadão.*

etapa do planejamento<sup>134</sup> das ações futuras, pois planejar e avaliar os possíveis impactos da aplicação dos recursos públicos contribui para evitar desperdícios, mau uso ou uso inadequado e ilegítimo dos recursos que são de todos.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), instituição cuja missão está direcionada ao aprimoramento das políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro, por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas, tem contribuído para o aperfeiçoamento do planejamento governamental. Em seu Guia Prático de Análise *Ex Ante* (IPEA, 2018)<sup>135</sup> foi elaborado um passo a passo composto por oito etapas: diagnóstico do problema; caracterização da política: objetivos, ações, público-alvo e resultados esperados; desenho da política; estratégia de construção de confiabilidade e credibilidade; estratégia de implementação; estratégia de monitoramento, de avaliação e controle; análise de custo-benefício; e impacto orçamentário e financeiro. Além desse, foi lançado o Guia *Ex Post* de avaliação de políticas públicas e, em 2021, o Ipea também lançou o Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimentos em Infraestrutura.

Tais instrumentos fornecem um passo a passo e questionamentos que auxiliam na própria formulação das políticas públicas<sup>136</sup>, contribuindo para que o valor público gerado aprimore o desempenho institucional.

#### **10.2.4 Parecer prévio: um modelo em construção**

No âmbito federal, o Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República (BRASIL, 2021) foi dividido em seis eixos centrais. O primeiro traz um panorama sobre as conjunturas econômica, financeira e orçamentária da União ao longo do exercício de 2021, em que são apresentados os principais indicadores macroeconômicos e os instrumentos de política monetária e creditícia utilizados pelo governo durante o exercício.

---

<sup>134</sup> Sobre as quatro fases da evolução do planejamento no Brasil v. CONTI, 2020, p. 58-78.

<sup>135</sup> O guia decorre do resultado das discussões técnicas coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República e em parceria com o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

<sup>136</sup> No que se refere propriamente à avaliação de políticas públicas, o TCU editou em 2020 o Referencial de Controle de Políticas Públicas (Portaria – TCU nº 188/2020), que também pode servir de guia para aprimoramento dos processos de trabalho no âmbito do Município. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/politicas-publicas/>>. Acesso em: 27 out. 2022.



O eixo seguinte busca avaliar os resultados da atuação do governo federal em 2021 no que se refere à execução dos seus programas finalísticos. A análise apresenta um panorama com indicadores de desenvolvimento econômico e social, permitindo comparar o Brasil com outros países. Além disso, foram analisados 19 programas finalísticos do PPA, com o objetivo aferir se os instrumentos de medição de desempenho (metas e resultados intermediários) possuem qualidade e confiabilidade para demonstrar os resultados das intervenções governamentais. Em cada programa, foram feitas considerações acerca do andamento do alcance das metas.

Posteriormente, foram registrados os resultados dos exames realizados pelo Tribunal de Contas da União a respeito da conformidade da gestão orçamentária e financeira no exercício de 2021 às regras insculpidas na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA), com o intuito de fundamentar o parecer do TCU quanto à observância dos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal. Também foram analisadas questões relativas às emendas de relator-geral e seus reflexos na LOA 2021.

Na sequência é apresentado o embasamento para a opinião do TCU sobre o Balanço Geral da União (BGU), sendo relatados os resultados e as conclusões da auditoria financeira realizada, exprimindo se as demonstrações contábeis examinadas refletem, em todos os aspectos relevantes, as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da União em 31/12/2021 e os resultados financeiro, orçamentário e patrimonial do exercício encerrado.

Por fim, é realizada uma análise sobre o cumprimento de recomendações e a observância de alertas exarados nos Relatórios sobre as Contas Presidenciais referentes aos exercícios de 2015 a 2020.

No âmbito do TCE/SC, alguns modelos de Parecer Prévio também têm sido aprimorados, sendo adotado um modelo mais amplo para o exame da responsabilidade governamental, desde 2017, cujo tripé recai, portanto, sobre a responsabilidade político-democrática, a responsabilidade pela boa gestão orçamentária, financeira e patrimonial e a responsabilidade em relação ao valor público gerado.

Em 2017, em Santa Catarina, o Parecer Prévio relativo ao Município de Salete foi o projeto piloto dos

pareceres que seguiram o novo parâmetro naquele ano. Em 2018, o Município piloto foi o de Luzerna; em 2019, Rio Fortuna; em 2020, Gaspar; em 2021, Pomerode; e, em 2022, José Boiteux. Os processos paradigmas foram respectivamente: @PCP 17/00168620; @PCP 18/00162020; @PCP 19/00153731, @PCP 20/00083824, @PCP 21/00138850 e @PCP

22/00085669, cuja apresentação encontra-se disponível na consulta processual de cada um desses processos no site do TCE/SC<sup>137</sup>. Em relação ao Parecer Prévio de 2022, cujo projeto piloto foi o do Município de José Boiteux, foram considerados como referenciais para a análise os seguintes pontos:

- a. Sob o eixo da responsabilidade político-democrática: (i) a verificação do plano de governo, sua aderência ao plano plurianual (PPA) e a execução dos programas governamentais; (ii) a transparência da gestão fiscal; (iii) os canais de participação social.
- b. Sob o eixo da responsabilidade pela boa gestão orçamentária, financeira e patrimonial: (i) o modelo de governança e gestão – [gestao.gov.br](http://gestao.gov.br); (ii) resultado orçamentário; (iii) resultado financeiro; (iv) atendimento aos limites constitucionais e legais, em relação à aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde – art. 198 da CRFB/1988 c/c o art. 77, III, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), à manutenção e desenvolvimento do ensino – art. 212 da CFRB/1988; Fundeb – Lei nº 14.113/2020, aos gastos com pessoal – art. 169 da Constituição Federal c/c o arts. 19, III, 20, III, *a e b*, da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF); (iv) comportamento da receita de acordo com a origem; (v) a alocação de recursos por funções de governo; (vi) despesas realizadas no combate à pandemia da Covid-19; (vii) mensuração do aumento das despesas com pessoal na vigência da Lei Complementar nº 173/2020.
- c. Sob o eixo da responsabilidade pela geração de valor público, avaliação integrada de políticas públicas a partir do: (i) monitoramento do plano nacional de saúde (PMS); (ii) monitoramento da Meta 1 do Plano Nacional de Educação (PNE); (iii) saneamento básico; (iv) agroecologia e produção orgânica; (v) políticas públicas para a promoção da longevidade; (vi) atendimento aos indicadores relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030.

No que se refere à busca pela mensuração do valor público gerado, foram eleitos como indicadores para avaliação a expectativa de vida e a

---

<sup>137</sup> Disponível em: 2017 – Salete – @PCP 17/00168620 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=1700168620](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=1700168620)>; 2018 – Luzerna – @PCP 18/00162020 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=1800162020](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=1800162020)>; 2019 – Rio Fortuna – @PCP 19/00153731 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=1900153731](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=1900153731)>; 2020 – Gaspar – @PCP 20/00083824 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=2000083824](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=2000083824)>; 2021 – Pomerode – @PCP 21/00138850 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=2100138850](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=2100138850)>; 2022 – José Boiteux – @PCP 22/00085669 – <[https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu\\_proc=22%2F00085669](https://virtual.tce.sc.gov.br/pwa/#/processo?nu_proc=22%2F00085669)>. Acesso em: 31 out. 2022.



taxa de mortalidade infantil, as quais impactam diretamente no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M); e as perdas humanas por causas evitáveis, que servem como medidas para o desenvolvimento de ações efetivas de serviços de saúde, de assistência social, de infraestrutura, entre outras, voltadas para a prevenção e a garantia de melhores condições de vida, com vistas ao alcance das diretrizes e das metas estabelecidas no Plano Nacional de Saúde e nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, em especial no ODS 3. A análise traz, ainda, os indicadores relacionados ao ODS 6, de forma a dar visibilidade às metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil (inciso IV, art. 4º-A, introduzido pela Lei nº 14.026/2020). Por fim, o modelo de Parecer Prévio trouxe uma análise sobre as políticas públicas de incentivo ao desenvolvimento da agroecologia e dos sistemas orgânicos de produção realizados no Município, de modo a contribuir para o alcance do ODS 2 da Agenda 2030, em especial a Meta 2.4, que busca garantir sistemas alimentares mais saudáveis e sustentáveis.

Ao Poder Legislativo compete não apenas manifestar-se pela aprovação ou rejeição das contas, mas, sobretudo, adotar as medidas pertinentes às irregularidades reportadas no Parecer Prévio. Significa, portanto, que os parlamentares municipais devem utilizar as informações contidas no Parecer Prévio como subsídio para o exercício de suas funções de fiscalizadores da Administração Pública, de elaboradores do orçamento e de formuladores e avaliadores de políticas públicas.

Trata-se de modelos dinâmicos e em constante aperfeiçoamento, que caminham para a ampliação de seus partícipes, atores institucionais e sociais.

### **10.3 O modelo do *sharing control***

Uma cidadania diretamente ativa exige novos mecanismos de participação no íterim da política pública, desde a inscrição na agenda, passando por instrumentos de emancipação com habilidade para influenciar a tomada de decisão, até a fase de avaliação, onde as vozes da sociedade também devem se materializar. A cidadania concebida a partir dos pressupostos da responsabilidade e da moralidade impõe o compromisso com a comunidade como um todo, cabendo às instituições auxiliarem na construção das relações de confiança. Como acentua Denhardt (2017, p. 265), a cidadania democrática percebe o indivíduo de modo ativo, com o propósito não apenas de atender seu próprio interesse, mas atuando também em prol do interesse coletivo mais amplo.

A transformação digital deve ser vista como um instrumento facilitador nesse processo de cidadania ativa, estimulando o maior envolvimento e protagonismo maior dos atores sociais. A Lei do Governo Digital nº 14.129/2021 traz significativos avanços em relação, por exemplo, à Base Nacional de Serviços Públicos, prevista em seu art. 19, a qual deve conceder ao cidadão informações necessárias sobre a oferta de serviços públicos em cada ente federado. O dispositivo legal é expresso, em seu parágrafo único, quanto ao dever imposto a todos os entes federados em relação à disponibilização em formato aberto, interoperável e com observância do padrão comum. Ou seja, a Lei nº 14.129/2021 atrela a boa governança<sup>138</sup> à adoção de políticas públicas baseadas em evidências e para a prestação de serviços públicos de qualidade.

Além do regramento das plataformas digitais, o referido diploma legal também faz referência à interoperabilidade e à padronização mínima, para possibilitar a comparação entre as avaliações e os desempenhos dos serviços públicos prestados pelos diversos entes. Da mesma forma o painel de monitoramento do desempenho dos serviços públicos, que deverá ser interoperável e seguir padrões comuns a todos os entes federados, de modo que os dados possam automaticamente alimentar os indicadores.

Sobre a temática da prestação digital dos serviços públicos no âmbito jurídico, Cristóvam, Saikali e Sousa (2020, p. 231) estabelecem como diretrizes principiológicas para e-Serviços Públicos: (i) eficiência, almejando a máxima satisfação do cidadão usuário; (ii) universalidade, maximizando a abrangência da disponibilidade de tais serviços; e (iii) atualidade, garantindo que os avanços tecnológicos, na comunicação e informação, sejam instrumentais para as ações públicas de corporificação dos direitos sociais. Tais diretrizes possuem seu atendimento facilitado pelo uso das TICs.

Em síntese, as mudanças constitucionais e legais trilham no sentido de integração e interoperabilidade, de modo a permitir não apenas o monitoramento e a avaliação das políticas públicas, mas a utilização dos dados para retroalimentar e redirecionar a ação pública, com vistas a gerar respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público com, frise-se, a participação cidadã.

Na verdade, a interoperabilidade dos sistemas e a promoção de dados abertos são princípios do Governo Digital (art. 3º, XIV) que irão afetar também os órgãos de controle, impulsionando mudanças, com vistas a: (i) padronização e interoperabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas; (ii) adoção de Plataformas Integradas do Sistema Tribunal de Contas Digital,

---

<sup>138</sup> A definição legal está contida no Decreto nº 9.203/2017 como o *conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.*



com adoção de numeração única dos processos de jurisdição financeira; (iii) dados abertos e transparência ativa; (iv) sistematização da responsabilidade dos gestores públicos com unificação da responsabilidade decorrente do mesmo fato antijurídico.

Ratifica-se, portanto, que as mudanças legais apontam para uma perspectiva disruptiva no uso dos dados por meio da aplicação de inteligência de dados em plataforma digital. Assim, a implementação de um sistema digital integrado dos Tribunais de Contas representa não apenas a possibilidade de uma superação de variações indesejáveis nos parâmetros decisórios que deveriam ser idênticos (KAHNEMAN *et al.*, 2021, p. 335), como também a possibilidade de avanços no que concerne à responsabilidade governamental. Mudanças que geram relevante impacto, em razão da capilaridade dos Tribunais de Contas no julgamento anual dos 5.570 municípios brasileiros, capaz de desempenhar um papel relevante na conexão do local com o global, ou seja, na vinculação das políticas públicas que se desenvolvem no âmbito do município com os indicadores globais de desenvolvimento sustentável (FREITAS, 2019) estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU, a partir de uma nova racionalidade: a do *sharing control*.

## Considerações finais

Deve-se levar em conta a existência de deficiências na racionalidade em que se opera o controle da responsabilidade dos governantes, em virtude da adoção de um modelo não inclusivo, incapaz de conferir suporte teórico para embasar a legitimidade de exercício do poder, de forma contínua e de modo a promover o Estado reconhecido pela sociedade da desconfiança como voltado ao bem-servir ético.

Um novo marco deve reorientar as instituições para a adoção de uma visão ampliada da expressão da vontade geral, sobretudo as instituições encarregadas da avaliação da responsabilidade das contas de governo e de suas políticas públicas. Sob esse enfoque, o controle das políticas públicas assume papel central como instrumento de compromisso compartilhado, devendo ser reorientado para estabelecer de modo perene uma democracia de exercício e inclusiva, por meio da apuração de uma responsabilidade de natureza política dos governantes.

O resgate da legitimidade do regime democrático passa necessariamente por novos elos de uma cidadania diretamente ativa (democracia de exercício) por meio de uma via reversa do fluxo, ou seja, a via hoje emergente que parte da sociedade civil para o Estado. Assim, ganha relevo o papel das instituições que, indutoras dos comportamentos individuais e coletivos, devem estabelecer instrumentos de legitimidade por proximidade. Nesse

contexto, cabe aos Tribunais de Contas, órgãos vocacionados para o *accountability* governamental, direcionar seus esforços para o compromisso do bom governo, ampliando os canais de participação cidadã.

O filósofo italiano Nuccio Ordine (2016), em seu manifesto “A utilidade do inútil”, expõe a ideia de utilidade daqueles saberes humanísticos dos quais não se pode esperar o lucro, já que seu valor essencial está completamente desvinculado de qualquer fim utilitarista. Sua definição do útil é “*tudo o que nos ajuda a nos tornarmos melhores*”. É isso que esperam aqueles que se propõem a questionar os padrões existentes e a propor novos caminhos para que sejamos melhores enquanto país e sociedade.

É com esse espírito que a tese defendida no PPGD/UFSC trouxe em sua epígrafe a imagem da obra “Vento Sul com Chuva” do artista Hassis<sup>139</sup>. Na percepção do crítico João Evangelista de Andrade Filho, as significações da obra de Hassis dilatam “*a dor e a beleza; a vida e os problemas sociais. Tudo era importante para o pincel de Hassis. A arte sempre lhe serviu de veículo para contestar, afirmar, negar, registrar seu tempo e espaço*” (MATTOS, 2005, p. 40-41). A escolha da obra “Vento Sul com Chuva” põe em relevo as especificidades do local, a importância dos laços de identidade que os indivíduos criam com o lugar como elemento de formação da identidade coletiva.

A arte provocadora, um estímulo novo para que o texto possa ir além das próprias palavras. Ideias novas que se misturam com as antigas ideias de uma trajetória histórica construída e a construir. Uma abordagem que tem o propósito específico de tornar visível a perspectiva humanista a que a pesquisa acadêmica, orientada pelo Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo e coorientada pelo Prof. Juarez Freitas, se propôs: dilatar o olhar para que a compreensão aberta, diversificada e não usual<sup>140</sup> possa nos ajudar a tornarmos melhores.

## Referências

BOUVIER, Michel *et al.* **Finances publiques**. 4. éd. Paris: LGDJ, 1998.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: TCU, 2020.

---

<sup>139</sup> Hassis, como era conhecido o artista Hiedy de Assis Corrêa.

<sup>140</sup> Também foi uma pintura que inspirou Pierre Rosanvallon. O Título de sua obra “o bom governo” teve inspiração na pintura de Ambrogio Lorenzetti, de 1338, que expressou em sua obra as “virtudes” do bom príncipe, geradoras de paz e prosperidade (ROSANVALLON, 2015, p. 306).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório das Contas do Presidente da República relativo ao exercício de 2021**. Disponível em: <<https://sites.tcu.gov.br/contas-do-presidente/documentos/parecer-completo-contas-do-presidente.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2022.

CONTI, José Mauricio **O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil**. São Paulo: Blucher Open Access, 2020.

CONTI, José Mauricio; CARVALHO, André Castro. Transparência fiscal: vinte anos depois. In: FIRMO FILHO, Alípio Reis; WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes (Coords.). **Responsabilidade na gestão fiscal: estudos em homenagem aos 20 anos da lei complementar nº 101/2000**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, 2020.

CUNHA, Milene Dias da. Ressignificando a finalidade dos pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas: maior efetividade para a governança e responsividade para a democracia representativa. **Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás - RCE**, ano 1, n. 2, p. 23-38, jul./ dez. 2019.

DENHARDT, Robert B.; CATLAW, Thomas J. **Teorias da administração pública**. 2. ed. Trad. Noveritis do Brasil, 2017.

FRANÇA, Felipe Melo; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. Pacta Sunt Servanda 3.0: Blockchain e a nova arquitetura de confiança. In: COSTA, Marco A. M. (Org.). **Aspectos jurídicos do blockchain**. São Paulo: Trevisan, 2019. Disponível em: <[https://docplayer.com.br/222016528-Pacta-sunt-servanda-3-0-blockchain-e-a-nova.html#show\\_full\\_text](https://docplayer.com.br/222016528-Pacta-sunt-servanda-3-0-blockchain-e-a-nova.html#show_full_text)>. Acesso em: 28 out. 2022.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/>>



livros/livros/180319\_avaliacao\_de\_politicas\_publicas.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

IOCKEN, Sabrina. **Controle Compartilhado de Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

KAHNEMAN, D.; SIBONY D.; SUNSTEIN C. **Noise**: a flaw in human judgment. First edition. New York: Little, Brown Spark, 2021.

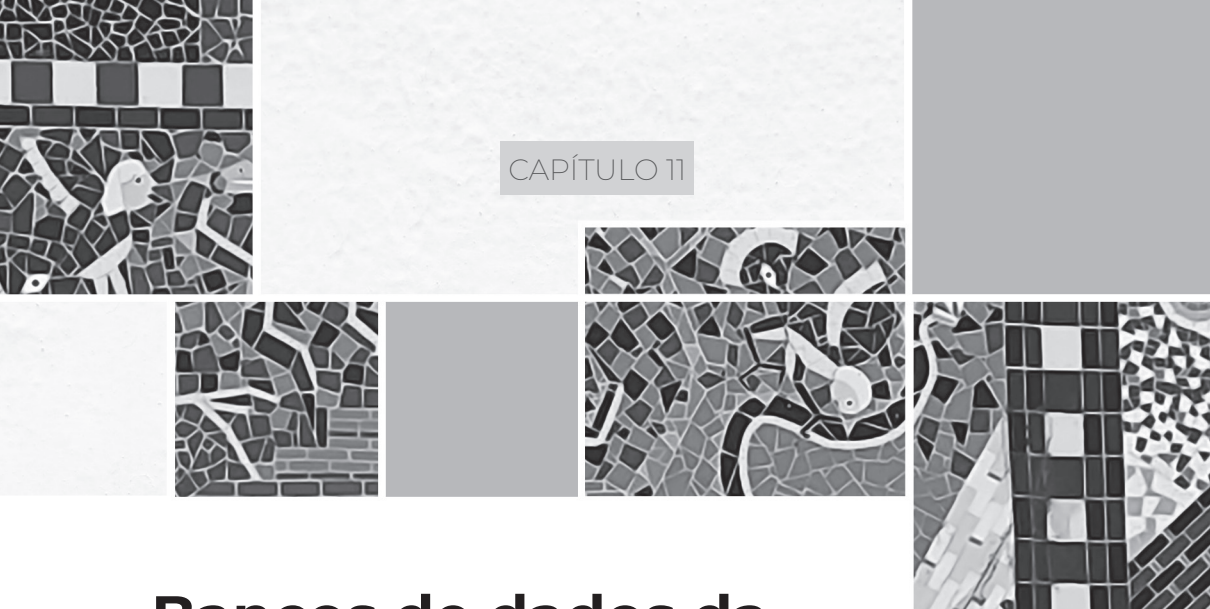
MATTOS, Tarcísio. **Construtores das artes visuais**: 30 artistas de Santa Catarina em 160 anos de expressão. Florianópolis: Tempo Editorial, 2005.

MULLER, Pierre. **As políticas públicas**. Niterói: Eduff – Editora da Universidade Federal Fluminense, 2018.

OLIVEIRA, Weder. Precisamos falar sobre contas: Uma nova perspectiva sobre a apreciação das contas anuais do Presidente da República pelo Congresso Nacional mediante parecer prévio do Tribunal de Contas da União. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coord.). **Contas governamentais e responsabilidade fiscal**: desafios para o controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

ROSANVALLON, Pierre. **Le bon gouvernement**. Paris: Éditions du Seuil, 2015.



# Bancos de dados da administração pública federal brasileira e a vulnerabilidade dos dados pessoais em razão do seu compartilhamento

*José Renato Gaziero Cella*

## Introdução

Em 09 de outubro de 2019 foi editado, pelo Poder Executivo Federal brasileiro, o Decreto Federal nº 10.046/2019, que dispõe sobre o compartilhamento de bases de dados na administração pública federal, de cujo teor se constata que não se levou em conta nenhuma preocupação em relação à proteção de dados pessoais, haja vista que sua justificativa está atrelada exclusivamente a questões de eficiência e simplificação administrativas e não levou em conta os ditames da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), que àquela altura permanecia em *vacatio legis*.

Assim, o problema de pesquisa decorre dessa omissão normativa, no bojo do Decreto Federal nº 10.046/2019, relativamente ao tratamento que se dará aos dados pessoais que serão objeto de compartilhamento pelos órgãos da administração pública federal brasileira, dado que referida omissão tem o potencial de gerar graves violações à garantia individual de proteção à privacidade constitucionalmente assegurada.

Assim, o artigo visa a responder se a garantia individual da privacidade, em especial relativamente aos bancos de dados em poder dos órgãos da administração pública federal brasileira, pode ser mitigada em nome da eficiência que o compartilhamento de referidos bancos de dados entre esses órgãos pode trazer.

Diante desse problema, visa-se a confirmar a hipótese de que a aplicação dos ditames do Decreto Federal nº 10.046/2019 é perigosa e potencialmente usurpadora da garantia individual de proteção da privacidade, e que, por conta disso, torna-se cada vez mais premente a instituição de uma norma específica de proteção de dados pessoais no Brasil.

Com efeito, a tecnocracia, com seus ideais de eficiência, enxerga no compartilhamento de bancos de dados um bem em si mesmo. Diante desse posicionamento reducionista, resulta, aos olhos delirantes dos burocratas, inquestionável a decisão governamental que se enveredou para esse perigoso rumo de intercâmbio de dados pessoais, cuja implementação, sem que se considerem contrapesos e salvaguardas, pode levar a drásticos efeitos colaterais.

## **11.1 O Decreto Federal Nº 10.046/2019 e a insuficiência do regime jurídico de proteção de dados no Brasil**

Com a evolução e aplicação das novas tecnologias nos diversos setores sociais, os indivíduos estão cada vez mais expostos nas suas relações, sejam elas privadas ou públicas. As informações são coletadas de diferentes formas, na navegação ou cadastros em páginas da internet, fornecidas diretamente pelo usuário, em bancos de dados de diversas fontes ou como requisitos para a obtenção de determinado serviço ou documento perante o Poder Público.

Um exemplo típico é o fornecimento de dados biométricos pelos cidadãos que solicitam a emissão do título de eleitor nos Cartórios Eleitorais brasileiros. O indivíduo, além de fornecer informações de caráter pessoal – nome, filiação, data de nascimento, sexo, endereço residencial ou comercial, tempo de vínculo com o município, se possui ou não irmão gêmeo, telefones, escolaridade e profissão – tem sua assinatura coletada digital e fisicamente.

Uma fotografia e as digitais dos dez dedos das mãos são coletadas, muito embora apenas a identificação na urna eletrônica seja realizada por meio dos dedos polegares ou indicadores. Deve-se lembrar que o voto é obrigatório para todas as pessoas maiores de 18 anos e menores de 70 anos, conforme o ordenamento constitucional brasileiro.

Tanto os dados coletados pela Justiça Eleitoral, órgão do Poder Judiciário Federal, quanto os coletados por outros entes da Administração Pública, devem receber proteção jurídica adequada. Não apenas a coleta, mas da mesma forma o armazenamento e o tratamento de dados necessitam de tutela jurídica.

Afinal, trata-se de dados pessoais relativos à personalidade do indivíduo, a aspectos da vida privada e que podem comprometer a imagem da pessoa perante terceiros, sua moral e estrutura psíquica quando indevidamente utilizados ou tornados públicos.

Especial atenção é necessária à possibilidade de compartilhamento desses dados pessoais por órgãos públicos. Diz o art. 1º do Decreto Federal nº 10.046, de 09 de outubro de 2019 (disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm)>)<sup>141</sup>, que dispõe sobre o compartilhamento de bases de dados na administração pública federal brasileira:

Art. 1º Este Decreto estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União, com a finalidade de:

- I - simplificar a oferta de serviços públicos;
- II - orientar e otimizar a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas;
- III - possibilitar a análise das condições de acesso e manutenção de benefícios sociais e fiscais;

---

<sup>141</sup> O primeiro ato normativo do Governo Federal brasileiro para o compartilhamento de bases de dados na administração pública federal foi o Decreto Federal nº 8.789, de 29 de junho de 2016, posteriormente revogado pelo Decreto Federal nº 10.046/2019, em que, mais adiante, teve acrescido, pela redação que lhe foi dada pelo Decreto Federal nº 10.403, de 19 de junho de 2020, dentre outras providências, o parágrafo 3º ao artigo 1º acima citado (“§ 3º A categorização do nível de compartilhamento como restrito ou específico observará as regras de compartilhamento de que trata o art. 31 e será publicada pelo respectivo gestor de dados, em prazo a ser definido pelo Comitê Central de Governança de Dados, que considerará, para a tomada de decisão, o disposto no Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”), a partir do que, em face do resultado da *interpretação conforme* adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6649, deram-se os acréscimos trazidos pelo Decreto Federal nº 11.266, de 25 de novembro de 2022.

IV - promover a melhoria da qualidade e da fidedignidade dos dados custodiados pela administração pública federal; e

V - aumentar a qualidade e a eficiência das operações internas da administração pública federal.

§ 1º O disposto neste Decreto não se aplica ao compartilhamento de dados com os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas e com o setor privado.

§ 2º Ficam excluídos do disposto no caput os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.

Segundo o governo federal brasileiro<sup>142</sup>, a medida seria um importante passo para promover eficácia na gestão de políticas públicas, redução de gastos e conveniência aos cidadãos, com a redução da redundância de informações e do custo operacional para o seu compartilhamento.

Seja como for, os dados que serão compartilhados entre órgãos e entidades federais são, em sua maioria, dados pessoais. Se, de um lado, a iniciativa pretende alcançar eficiência, de outro, parece estar desatenta à proteção devida a essas informações.

O Decreto Federal nº 10.046/2019, com as redações que lhe foram dadas pelos Decretos Federais nºs 10.403/2020 e 11.266/2022, facilita o compartilhamento de bancos de dados entre órgãos e entidades da administração pública federal brasileira. A possibilidade do compartilhamento desses dados não é a novidade, posto que anteriormente ela ocorria por meio de convênios e acordos. O que o decreto faz é dispensar a necessidade desses convênios e, assim, simplificar a transferência de dados, criando uma base única para toda comunicação de dados em nível federal, composto por mais de 20 ministérios, inúmeras secretarias e mais de 150 autarquias, fundações e agências reguladoras.

A motivação do decreto é a de que o compartilhamento serve para “simplificar a oferta de serviços públicos”, “orientar e otimizar a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas”, “possibilitar a análise das condições de acesso e manutenção de benefícios sociais e fiscais”, “promover a melhoria da qualidade e da fidedignidade dos custodiados pela administração pública federal” e “aumentar a qualidade e a eficiência das operações internas da administração pública federal” (art. 1º, incisos I a V). Na prática, isso significa explorar as oportuna-

---

<sup>142</sup> Cf.: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/politicas-publicas-serao-monitoradas-com-compartilhamento-de-dados-entre-orgaos-do-governo>>, acesso em 05 jun. 2017.

des do *big data*<sup>143</sup>, já que o decreto expressamente incentiva a análise de dados por meio da criação de mecanismos de conferência automática de dados por parte de órgãos competentes, tudo com o intuito de redução dos custos de acesso aos dados (art. 3º).

No entanto, relativamente à proteção da privacidade a iniciativa é pífia, já que tão somente traz a menção de que devem ser protegidos os dados relativos aos sigilos fiscais, bancários e dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas.

Quando um indivíduo fornece dados a uma determinada repartição pública ou é pessoalmente associado a informações, ele o faz para um determinado propósito, quase sempre vinculado à área de atuação daquela entidade. Ao quebrar as barreiras entre os diferentes órgãos e entidades do Estado e permitir o compartilhamento, dados podem ganhar novo propósito para além do que foram coletados inicialmente.

Frente a isso, o decreto é marcado por uma grande lacuna, já que não menciona em nenhum momento o termo “dados pessoais” – optando por falar em “dados cadastrais” e “dados individualizados”.

A especificação da finalidade e a limitação do uso são princípios básicos de leis internacionais dessa matéria e também da LGPD. A noção subjacente é a de que o uso de informações pessoais deve servir à finalidade comunicada na coleta e a outros propósitos compatíveis, nos limites do consentimento do indivíduo.

Com efeito, a finalidade integra os princípios enumerados por Rodotà (2008, p. 60) como norteadores da proteção de dados pessoais, quais sejam:

princípio da correção na coleta de dados e no tratamento das informações;

princípio da exatidão dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua utilização;

princípio da finalidade da coleta de dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta, e que especifica na relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida (princípio da pertinência); na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (princípio da utilização não-abusiva); na eliminação ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (princípio do direito ao esquecimento);

---

<sup>143</sup> Gigantescas massas de dados armazenados em sistemas que agregam inúmeras informações de variadas fontes. Esses gigantes bancos de dados podem ser analisados e estudados de maneiras inovadoras, facilitando a extração de informações e correlações antes indisponíveis ou de difícil acesso.

princípio da publicidade dos bancos de dados que tratam as informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público;  
princípio do acesso individual, com a finalidade de conhecer quais são as informações coletadas sobre si próprio, obter a sua cópia, obter a correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegitimamente;  
princípio da segurança física e lógica da coleta dos dados.

É por isso que um programa de compartilhamento de dados não pode só ser justificado em termos de eficiência de gestão do Estado, como o governo até agora o fez. Ele precisa instituir garantias aos indivíduos afetados, sob pena de já nascer em descompasso com as discussões mais recentes sobre proteção de dados pessoais, que inclusive vêm ocorrendo no Congresso Nacional.

Ressalte-se que, independentemente da definição de privacidade que se adote, deve-se ter uma ampliação da tutela da esfera privada dos sujeitos em virtude do tipo e quantidade de informações que são coletadas e, como consequência, gerado um dano ao indivíduo.

Para melhor exemplificação, Rodotà (2008, p. 129) traz efeitos do panorama tecnológico essenciais à privacidade, e a define de forma singela como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações” (Id., p. 92):

- a) impõe como direito fundamental;
- b) especifica-se como direito à autodeterminação informativa e, mais precisamente, como direito a determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade;
- c) apresenta-se, por fim, como condição da cidadania na era eletrônica e, como tal, não pode ser confiada unicamente à lógica da auto-regulamentação ou das relações contratuais.

A justificativa trazida pelo autor para estipular tais características inerentes à privacidade é a de que “a descrição de um novo panorama tecnológico e as transformações que traz consigo, se apresentam como um caminho que deve ser percorrido para à plena compreensão dos efeitos sociais resultantes das tecnologias da informação e da comunicação” (RODOTÀ, 2008, p. 127).

Ou seja, segundo Rodotà,

como vivemos em um mundo onde as informações estão divididas com uma pluralidade de sujeitos e a coleta de informações que anteriormente era realizada através de cessões vindas de relações



interpessoais e agora ocorre através de transações abstratas, passa-se de um mundo no qual o problema era o controle do fluxo das informações que saíam de dentro da esfera privada em direção ao exterior, para um mundo no qual o problema é o controle das informações que entram, tal como demonstra a autodeterminação do direito de não saber, pela atribuição dos indivíduos do poder de recusar interferências em sua esfera privada. (RODOTÀ, 2008, p. 128)

Todavia, assumindo os efeitos e seguindo os aspectos da privacidade trazidos por Rodotà, a definição do direito à privacidade compatível com a era moderna-tecnológica se dá como o direito fundamental à autodeterminação e ao controle informativo, decidindo, em sua totalidade, os dados informativos que constroem, adentram e saem da esfera privativa, apresentando-se como precondição da cidadania na era moderna, não sendo restrito à lógica da autorregulamentação ou das relações contratuais, justificando-se à compreensão dos efeitos sociais resultantes das tecnologias da informação e da comunicação e de um conjunto de condicionamentos.

Porém, como *“vivemos em um mundo no qual aumenta o valor agregado das informações pessoais, onde a referência ao valor da pessoa em si e de sua dignidade passou a ser secundário em relação à transformação da informação em mercadoria”* (RODOTÀ, 2008, p. 128), o desafio para aplicação do direito à privacidade é constante.

Informações de todos os tipos são coletadas mediante programas ou objetos de interação social. Seja pelo computador ou pelo smartphone, o acesso a uma rede social ou a algum sítio eletrônico da internet na maioria das vezes se realiza com uma pequena coleta de dados por meio de *cookies*<sup>144</sup> de quem o está utilizando ou acessando para algum objetivo proposto (expressamente) pelos desenvolvedores, e aceito (tácita ou expressamente) pelos usuários.

Conforme Rodotà:

O aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas através de aplicativos de *smartphones* ou no acesso em rede, de forma geral, visa sobretudo à dois objetivos: por parte dos poderes públicos, a aquisição de elementos necessários à gestão de programas de intervenção, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; conjuntamente ao controle da

---

<sup>144</sup> “Um *cookie* é um pequeno texto que os sites podem enviar aos navegadores, anexado a qualquer conexão. Nas visitas posteriores o navegador reenvia os dados para o servidor dono do *cookie*. Um *cookie* é transmitido até que perca a validade, que é definida pelo site. Os sites geralmente usam os *cookies* para distinguir usuários e memorizar preferências.” Cf.: <<http://br.mozdev.org/firefox/cookies>>. Acesso em 28 out. 2016.

conformidade da população à gestão política dominante ou aos comportamentos prevaletentes. (RODOTÀ, 2008, p. 28)

Assim, a caracterização da organização social como uma sociedade com bases na acumulação e circulação das informações torna-se clara, trazendo novas situações e tipos de poder. Este, contudo, problemático ao ser legitimado e fundado na informação.

Tais desafios dão-se, ainda de acordo com Rodotà,

primeiramente, em virtude e a dificuldade de individualizar certos tipos de informações das quais o cidadão estaria disposto a renunciar definitivamente a controlar o seu tratamento e a atividade dos sujeitos que a utilizam, pois publicidade e controle não são termos contraditórios, como são publicidade e sigilo. Em segundo lugar, a nova situação determinada pelo uso de computadores no tratamento das informações pessoais faz-se mais difícil caracterizar o cidadão como simples 'fornecedor de dados', sem que a ele caiba algum poder de tutela e tratamento dessas informações. (RODOTÀ, 2008, p. 36) [...]

As informações coletadas, além fazer as organizações públicas e privadas capazes de planejar e executar os seus programas, ainda permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes. (Id., p. 37)

Daí a importância da proteção jurídica da privacidade, da vida privada ou da intimidade, cuja definição é trazida por Doneda (2006, p. 101):

Ao se tratar da privacidade, há de se fazer antes de tudo um esclarecimento inicial sobre a terminologia utilizada. A profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para representá-la, propriamente ou não, é considerável; além de 'privacidade' propriamente dito, podem ser lembrados os termos: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e outros menos utilizados, como 'privatividade' e 'privaticidade', por exemplo. O fato da doutrina estrangeira apontar igualmente para uma multiplicidade de alternativas certamente contribui, induzindo juristas brasileiros a experimentar diversas destas.

De acordo com Limberger (2007, p. 116), a intimidade como direito fundamental tem sua gênese na “[...] *dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, sendo seu núcleo central. Como direito que é da*

*expressão da própria pessoa, desfruta da mais alta proteção constitucional”.*  
Para a autora,

[...] As exigências do mundo tecnológico atual fizeram com que o direito tutelasse essa nova face da intimidade. A intimidade deriva da dignidade humana, é um direito fundamental que integra a personalidade. Das relações da informática e a intimidade se desenvolve a autodeterminação informativa. [...] (LIMBERGER, 2007, p. 119)

Para Rodotà (2008, p. 122), a privacidade é “[...] *o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada* [...]”.

No direito brasileiro, o direito à privacidade pode ser entendido como um direito da personalidade de matiz constitucional, com expressa previsão no art. 5º, inc. X, da Constituição da República.

A proteção da privacidade, infraconstitucionalmente, se consubstancia na cláusula geral estabelecida no art. 21 do Código Civil. Tem-se, na Lei Federal nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor, a regulamentação dos bancos de dados e cadastros de consumidores em único dispositivo, o artigo 43. Além disso, há a regulamentação do chamado cadastro positivo pela Lei Federal nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito e, por fim, o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e a LGPD.

No presente estudo, assim se define privacidade:

[...] um direito fundamental, em sentido amplo, capaz de recepcionar em seu bojo a proteção da vida privada, da intimidade, da imagem, da honra e dos direitos-base vinculados ao conceito de direitos de privacidade na internet, significa dizer que, na contemporaneidade, o direito de navegar na internet com privacidade, o direito de monitorar quem monitora, o direito de deletar dados pessoais e o direito de proteger a identidade online devem ser tutelados, explícita e expressamente, como um dos pilares de garantia da eficácia do direito fundamental à privacidade em sentido amplo. (FORTES, 2015, p. 188)

A proteção dos dados no sistema normativo da União Europeia (UE) é tratada por meio de um sistema de regulamentos e diretivas, na qual é possível encontrar aspectos pioneiros no regramento da matéria. Há registro de legislações, por exemplo, na Alemanha e Suécia desde a década

de 1970. Portugal, em 1976, e, posteriormente, Espanha, em 1978, foram os primeiros países a elevar a proteção em nível constitucional, trazendo previsões expressas nas suas respectivas Cartas.

Atualmente, as Diretivas 95/46/CE e 2002/58/CE, e Regulamento 45/2001, trazem diretrizes para os países integrantes da UE. Ganham destaque também os Relatórios e Comunicações de acompanhamento da implantação e eficiência das normativas (FORTES, 2015, p. 132-133).

Cabe mencionar que desde o início de 2012 foi formada a Comissão Europeia para regulamentação sobre a proteção de dados pessoais. Entre os objetivos expostos há referência de que:

La Comisión europea quiere modernizar la legislación europea de protección de datos para garantizar la intimidad de los consumidores y hacerla compatible con la libre circulación de datos en la UE. [...] Las empresas sólo estarán autorizadas a enviar información personal fuera de la UE a países con un nivel similar en sus sistemas de protección de datos. Se trata además de mejorar y simplificar los mecanismos de transferencia internacional de datos. [...] El objetivo de la nueva estrategia es consolidar un enfoque común en toda la UE. Las divergencias actuales no permiten determinar con nitidez la legislación aplicable en cada caso. Por eso es necesario armonizar las normas y reforzar el poder de las autoridades de protección de datos con el principio de cooperación y coordinación. (COMISIÓN EUROPEA, 2010)

Referidas premissas servem ao mesmo tempo como alerta à constante mutação e evolução da tecnologia e da forma como os dados podem ser armazenados e manipulados. É importante, ainda, considerar a facilidade do intercâmbio de informações e procurar meios para que essa circulação atenda a requisitos de segurança e preservação da privacidade.

A utilização dos recursos tecnológicos alterou significativamente a circulação, a forma de compartilhamento e o armazenamento de dados. A digitalização de documentos e o arquivamento de informações em bancos de dados digitais é cada vez mais significativo.

Nesse contexto, a proteção de dados pessoais nos sistemas jurídicos em geral necessita de uma análise mais criteriosa, principalmente no sistema jurídico brasileiro, no qual não se tem uma legislação específica acerca da proteção dos dados pessoais.

Ao contrário da legislação encontrada em países da Europa, não há no sistema jurídico brasileiro, por exemplo, uma autoridade responsável e independente, dedicada a preservar o consentimento e o uso de dados

peçoais mediante a supervisão do cumprimento das obrigações dos responsáveis pelo tratamento de dados, as quais possuem previsão específica (GALINDO, 2013, p. 136).

De acordo com a normativa europeia, em caso de descumprimento, qualquer cidadão pode reclamar à autoridade de proteção dos dados, a qual estará apta a instaurar procedimento administrativo e aplicar sanções ao responsável. Referida característica, conforme Galindo (2013, p. 137), é relevante, pois:

...se completó este cuadro de derechos y obligaciones con la atribución legal a la autoridad de protección de datos de su obligación de velar por el cumplimiento de las medidas conducentes a evitar la modificación de los datos personales por la utilización de las técnicas de seguridad de las TIC consideradas más adecuadas en cada momento.

A existência de autoridade responsável pela proteção dos dados, com atribuições claras e voltadas à não transgressão dos dados pessoais, afigura-se, portanto, um relevante mecanismo.

A autodeterminação informativa é um direito que orienta até hoje a proteção de dados pessoais na Alemanha e exerce grande influência em países do sistema jurídico romano-germânico. “*Concebido como um direito fundamental (...), o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações*” (DONEDA, 2006, p. 196-197).

Em um julgamento (*BverfGE 65,1*) emblemático do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 15 de dezembro de 1983, averiguou-se a constitucionalidade da lei que ordenava o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em virtude das condições do moderno processamento de dados, o direito geral da personalidade contido no artigo 2 I GG, em conjugação com o artigo 1 I GG, passa a abranger a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais, que somente podem ser utilizados, em princípio, com sua autorização. Essa norma consubstancia um direito geral à autodeterminação sobre a informação, que somente é restringível se houver a contraposição de um interesse predominante da coletividade (SCHWABE, 2005, p. 233-235).

Na construção dessa norma concreta, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade abrange o poder do indivíduo de decidir, por si próprio,

quando, quais e em que limites os fatos pessoais serão revelados, poder que, diante da evolução tecnológica atinente ao processamento automático de dados, depende de uma proteção especialmente intensa (Id., p. 237).

A faculdade contemporânea e futura de armazenamento ilimitado, transmissão instantânea e consulta irrestrita de dados atentaria contra a autodeterminação individual, uma vez que não mais possibilitaria a determinação, com segurança, de quais informações sobre a sua pessoa são conhecidas, nem por quem são acessadas, inibindo substancialmente a liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação (Id., *ibid.*).

Esse direito à autodeterminação informativa, porém, não é absoluto, mas restrito quanto às informações de interesse geral predominante, quer dizer, limitável excepcionalmente quando imprescindível para a consecução de um interesse público. Tais restrições exigem uma base constitucional que possibilite o conhecimento, pelo cidadão, de forma clara e reconhecível, dos pressupostos e da extensão das limitações, atendendo ao princípio da transparência do Estado de Direito (Id., p. 237-239).

O núcleo da autodeterminação informativa, enquanto relacionada ao aspecto básico do direito à intimidade, constitui-se na faculdade que a pessoa detém de escolher sobre a divulgação e a revelação de informações que diretamente a ela se referem.

Para Doneda (2006, p. 201) a terminologia mais adequada é tão somente “proteção de dados pessoais”, pois estaria englobada tanto a problemática da privacidade quanto a da informação, que teria como ponto de referência os direitos da personalidade e estaria isenta de uma aceção patrimonialista ou contratual, ao mesmo tempo em que não remonta ao direito à liberdade em uma aceção demasiadamente ampla.

A crítica do jurista citado reside basicamente em três fatores. O primeiro é acerca da correta definição do que seja autodeterminação, pois em determinado sentido poderia dar ao indivíduo a oportunidade de controlar as informações que lhe digam respeito dentro de parâmetros quase ilimitados (DONEDA, 2006, p. 198).

Já para uma segunda leitura, em chave liberal, a autodeterminação concentrar-se-ia no ato do consentimento da pessoa para o tratamento de seus dados pessoais e assumiria contornos negociais, afastando a matéria do âmbito dos direitos da personalidade (Id., *ibid.*).

Por fim, outro fator seria a possibilidade de se ter a impressão de que as pessoas teriam um direito de propriedade sobre suas informações, o que as transportaria para o campo das situações patrimoniais (Id., p. 198-199).

Outro aspecto a ser delimitado é a importância da existência de um órgão responsável pela proteção dos dados pessoais. Trata-se de órgão

com diversas atribuições sociais, políticas e jurídicas, pois, como se observa em experiências europeias, além de fiscalizar, controlar e aplicar sanções à violação dos dados pessoais, cabe a promoção de ações educativas e de informação tanto para cidadãos quanto para órgãos públicos.

É preciso delimitar as atribuições, estrutura, composição e observar uma autonomia financeira e política a esse órgão. A vinculação a órgãos governamentais e ligados ao Poder Executivo não é desejável. Ainda, a dependência ao Poder Legislativo, Judiciário ou outros da estrutura jurídico-administrativa (Ministério Público, por exemplo) também podem comprometer a segurança dos dados, notadamente pelo interesse em determinadas demandas.

O novo órgão deve ter autonomia e meios efetivos de executar sanções aos infratores, além de organizar as políticas para a conscientização quanto à utilização e guarda de dados pessoais.

Ademais, sua composição deverá ser híbrida e seus integrantes oriundos de diversos segmentos sociais. Ao mesmo tempo em que é importante que se tenha um órgão com conhecimentos técnicos acerca da criação e manutenção de banco de dados é importante que haja uma interdisciplinaridade em seu Conselho administrativo.

Nesse sentido, referidos integrantes poderão advir de diferentes áreas do conhecimento contribuindo para uma melhor regulamentação da legislação protetiva e adequação à realidade das relações sociais e institucionais.

Ao falar sobre a independência de uma autoridade de proteção de dados, Doneda (2006, p. 393) afirma que referida característica pressupõe a presença de *“mecanismos de nomeação de seus membros, geralmente limitando a discricionariedade na sua escolha (através, por exemplo, da exigência de determinada formação ou atuação profissional)”*, além *“da incompatibilidade de sua atuação com outras atividades, atuais ou mesmo progressas (e também futuras [...]), além da limitação temporal de seu cargo”* (Id., *ibid.*).

Ainda, a independência pressupõe *“a ausência de ingerência governamental sobre seus atos, que se pode obter situando tais órgãos fora de uma posição hierárquica em relação ao governo”* (Id., 393-394).

Além da especificidade referente à matéria e da função de velar pelo fiel cumprimento e respeito à lei, interpretando-a e aplicando-a, o ente independente deve ser dotado de poderes para inspecionar e aplicar sanções. É preciso que os responsáveis pelos arquivos mantenham referido órgão informado acerca das características de seu banco, além de, sendo o caso, quando requisitados, deem acesso aos dados que nele constam.



## 11.2 Vulnerabilidade dos dados pessoais no Brasil

O Decreto Federal nº 10.046/2019, com a redação que lhe foi dada pelos Decretos Federais nºs 10.403/2020 e 11.266/2022 tem implicações diretas sobre o tema da proteção dos dados pessoais.

A argumento da eficiência é louvável, todavia é preciso analisar se os direitos fundamentais do cidadão serão preservados e, especialmente para o tema objeto desse estudo, a privacidade.

Os órgãos da administração pública federal do Brasil administram o maior cadastro de cidadãos de toda América Latina, cuja base de dados que poderá ser compartilhada, se não acompanhada de salvaguardas efetivas aos direitos dos indivíduos, é deveras preocupante, de maneira que é preciso que se reflita acerca do controle dos dados relativos à personalidade do indivíduo (sexo, escolaridade, residência, data de nascimento, filiação, entre outros), assim como os biométricos (assinatura digital, foto e impressões digitais dos dedos de ambas as mãos) por órgãos do Estado, especialmente no caso brasileiro que, como referido, não disciplina juridicamente a matéria.

O compartilhamento de informações facilita o acesso a detalhes privados da vida dos cidadãos. Ainda mais na sociedade atual, permeada por dispositivos informáticos que permitem o processamento de milhares de informações a partir de apenas um *click* e possibilita que a informação circule ao redor do mundo com celeridade impressionante.

As tecnologias utilizadas, combinadas com outras informações, como, por exemplo, a utilização de senhas de acesso e dados biométricos, fazem com que se individualize o usuário e seja possível traçar um perfil baseado nas suas atividades diárias e movimentações financeiras.

Trata-se de dados cujo interesse é de grande relevância e possuem imensurável valor, de maneira que a ausência de uma legislação protetiva dos dados pessoais torna ainda mais temerário o seu compartilhamento. É preciso a observância dos princípios protetivos na coleta, tratamento e armazenamento desses dados. Além disso, uma definição clara de responsabilidades e funções, em outras palavras, um sistema de salvaguardas ao direito constitucional da privacidade.

Compartilhar essas informações tem um grande potencial de fragilizar os sistemas de proteção de dados pessoais passíveis de ser implantados, na medida em que uma possível vulneração permitirá o acesso indevido a todos os dados relevantes, inclusive dados sensíveis, do cidadão. Ainda, são disponibilizadas às autoridades estatais informações que não lhes

seria legítimo aceder, com a elevação de exercício de controles nem sempre utilizados de forma adequada (CELLA; ARNS DE OLIVEIRA, 2015).

No que tange à imposição de sanções em caso de eventual transgressão aos limites objetivamente definidos na legislação, cabe destacar que não basta apenas a aplicação de sanções pecuniárias e cujo arbitramento fique ao alvitre do julgador.

É preciso que sejam estabelecidas balizas na própria lei de forma proporcional à gravidade da violação à privacidade, de forma que tanto quem irá concretizar a norma ou aquele que a viola tenha possibilidade de saber as consequências dos atos. Do contrário, corre-se o risco de patrimonializar o direito à privacidade, o qual, na realidade, está diretamente relacionado à personalidade do indivíduo.

## Considerações finais

O tema da privacidade tem relação direta com o nível de desenvolvimento tecnológico da sociedade. Conforme se prolifera o uso das novas tecnologias no meio social, aumenta a necessidade de se pensar as relações de poder, transparência e autonomia individual na sociedade.

O uso de produtos tecnológicos tem crescido significativamente nos últimos anos e tem influenciado a rotina das pessoas. Estas passam várias horas em frente à tela do computador, de um smartphone ou tablet. Utilizam-se as redes sociais e *blogs* para comunicação e divulgação de informações. As informações são buscadas e armazenadas em diversas fontes do ciberespaço ou meio digital.

Na era da informação o tema 'proteção dos dados pessoais' ganha ainda mais relevância, pois a facilidade do acesso a dados e informações e a utilização de recursos e mídias sociais os deixam vulneráveis.

É preciso que os instrumentos normativos estejam em consonância com a aludida mutabilidade social oriunda da célere evolução tecnológica. É importante que as normativas acompanhem as novas descobertas científicas, devendo, quando menos, existirem diretrizes transparentes e objetivas que permitam a adaptação legislativa.

O sistema jurídico de proteção dos dados pessoais deve ser constituído de uma estrutura sólida que dê transparência e que estabeleça um sistema de identificação e armazenamento de dados com salvaguardas. É necessária uma definição clara acerca de quem controla, quem fiscaliza, quem é responsável e a forma como os dados podem ser compartilhados.

O Decreto Federal nº 10.046/2019, por exemplo, em nome de economia e simplificação da atividade administrativa, promove a abertura de bases de dados do governo federal brasileiro, suas autarquias e entidades

controladas, sem as necessárias salvaguardas referentes à proteção da privacidade e dos dados pessoais.

Isso porque a tecnocracia, com seus ideais de eficiência, enxerga no compartilhamento de bancos de dados um bem em si mesmo. Diante desse posicionamento reducionista, resulta, aos olhos delirantes dos burocratas, inquestionável a decisão governamental que se enveredou para esse perigoso rumo de intercâmbio de dados pessoais, cuja implementação, sem que se considerem contrapesos e salvaguardas, pode levar a drásticos efeitos colaterais.

No presente estudo foi verificado que o sistema jurídico brasileiro não apresenta as salvaguardas necessárias à proteção da privacidade, confirmando-se a hipótese inicial de que a aplicação dos ditames do Decreto Federal nº 10.046/2019 é perigosa e potencialmente usurpadora da garantia individual de proteção da privacidade, e que, por conta disso, torna-se cada vez mais premente a instituição de uma norma específica de proteção de dados pessoais no Brasil.

O compartilhamento de dados pessoais pelos órgãos da administração pública federal brasileira, nos moldes do Decreto Federal nº 10.046/2019, compromete o direito à privacidade do cidadão. A norma em referência permite o compartilhamento de dados sensíveis do cidadão ao mesmo tempo em que não existem parâmetros acerca do controle e responsabilidade no tratamento dessas informações.

O uso indiscriminado desses dados, além de vulnerar direito fundamental, facilita o controle e monitoramento dos cidadãos.

Os dados e informações pessoais devem ter um controle mais amplo pelo próprio indivíduo, o qual necessita ter acesso às informações armazenadas nos bancos de dados a seu respeito, podendo exigir a sua retirada ou alteração e atualização. Busca-se, em última análise, a correção dos dados, conhecimento pelo indivíduo acerca da existência de cadastro e do que consta a seu respeito.

Ademais, a criação de uma autoridade independente pode contribuir, a exemplo do direito europeu, para a efetiva proteção dos dados. Nos moldes apresentados trata-se de ente multidisciplinar, mas ao mesmo tempo especializado no tema, sem subordinação a órgãos estatais e privados.

Outra vantagem de referida autoridade é resolver as demandas ainda no âmbito administrativo, sem necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário. Todavia, é preciso que tanto procedimento, funções, sanções e demais atribuições estejam previstos em legislação específica.

Portanto, é imprescindível a instituição de uma legislação protetiva dos dados pessoais no sistema jurídico brasileiro para garantia da privacidade dos cidadãos. É a partir de parâmetros claros, transparentes, e

com a especificação de princípios, direitos e deveres acerca do tema que normativas como o Decreto Federal nº 10.046/2019 podem obter êxito sem que se vulnerem dados pessoais ou, quando menos, coloquem-nos em risco em razão de uma proteção deficiente.

## Referências

BRASIL, Decreto Federal nº 8.789, de 29 de junho de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 30 jun. 2016. Seção1, p. 1.

BRASIL, Decreto Federal nº 10.046, de 09 de outubro de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 10 out. 2019. Seção1.

BRASIL, Decreto Federal nº 11.266, de 25 de novembro de 2022. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 25 nov. 2022. Edição extra.

BRASIL, Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 12 set. 1990. Seção1.

BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 11 jan. 2002. Seção1.

BRASIL, Lei Federal nº 12.414, de 09 de junho de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 10 jun. 2011. Seção1.

BRASIL, Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 24 abr. 2014. Seção1.

BRASIL, Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 15 ago. 2018. Seção1.

BRASIL. Mensagem nº 192, de 28 de maio de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República. Brasília, 29 maio 2015. Seção1, p. 1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6649, disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>>, acesso em 14 fev 2023.

CELLA, José Renato Gaziero; ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A unificação do registro de identidade civil e a proteção de dados pessoais no Brasil. In: **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**, Madrid, 2015.

COMISIÓN EUROPEA. **Estrategia de la ue para la protección de datos en internet**. 2010. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/internet-y-sociedad-de-la-informacion/proteccion-datos-internet-ue\\_es.htm](http://ec.europa.eu/spain/actualidad-y-prensa/noticias/internet-y-sociedad-de-la-informacion/proteccion-datos-internet-ue_es.htm)>. Acesso em: 23 set. 2015.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FORTES, Vinícius Borges. **O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil**. 2015. 225p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

GALINDO AYUDA, Fernando. Seguridad y sociedad del conocimiento. In: GALINDO, Fernando (ed.). **El derecho de la sociedad en red**. Lefis Series, 14. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013. p. 129-154.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do tribunal federal constitucional alemão**. Traduzido por Beatriz Hennig *et al.* Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

# Modelo multiportas no direito tributário

*Carlos Henrique Machado*

## **Vida longa ao PPGD/UFSC**

É com enorme satisfação que cumprimento a valorosa iniciativa da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) de aglutinar acadêmicos, docentes e egressos nesta coletânea de artigos científicos, em celebração ao quinquentenário de sua existência.

O PPGD/UFSC certamente personifica a vanguarda do conhecimento jurídico, a pesquisa/extensão de excelência e a produção científica impactante no Estado de Santa Catarina, com relevante repercussão na comunidade acadêmica nacional e internacional, laureado pelo seu contingente altamente qualificado de pensadores.

Reafirma o PPGD/UFSC, nesta compilação, os seus mais valiosos compromissos institucionais e históricos, em especial a promoção, o desenvolvimento e a difusão do conhecimento jurídico crítico, sofisticado e qualificado.

Vida longa ao PPGD/UFSC!

## Introdução

O conceito genérico de justiça multiportas, erigido ao status de política pública formalmente institucionalizada, concebe uma realidade recém-inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro, conquistando uma robustez progressiva no âmbito do direito privado e do direito público. A um só tempo, na esteira das experiências do direito comparado, os mecanismos alternativos (*adequados*) de resolução de disputas vêm ganhando um espaço igualmente importante nas complexas arenas do direito tributário e processual tributário.

O modelo multiportas sempre representou uma figura estranha ao pensamento jurídico-tributário tradicional, malgrado não o seja a postulação isolada dos mecanismos de composição dialogada para as controvérsias oriundas da arrecadação fiscal (MACHADO, 2021). Nesse sentido, a originalidade da temática radica exatamente na abordagem sistematizada de um modelo de jurisdição plural, capaz de conferir legitimidade consentânea ao conjunto das técnicas, de caráter preventivo e resolutivo, voltadas ao enfrentamento da litigiosidade fiscal. Significa dizer: o paradigma multiportas *não renega* o Estado-jurisdição, mas também *não o venera*. Com isso, supera-se o clássico e anacrônico ideário de jurisdição como um reflexo exclusivo do Estado (*ius imperii*), erigido a partir de interpretações equivocadas a respeito do princípio de inafastabilidade do poder judiciário.

O *Multi-Door Courthouse* (Tribunal Multiportas) remete ao sistema institucionalizado nos Estados Unidos da América no final dos anos 1970, quando o professor alemão Frank Sander, radicado na Harvard Law School, começou a concentrar as suas investigações acadêmicas no campo dos chamados “métodos alternativos de resolução de conflitos” (*alternative dispute resolution – ADR’s*), superando as fronteiras da justiça tradicional. Desde a sua gênese, a proposta plurijurisdicional adquiriu diferentes contornos ao redor do mundo, assumindo variadas estruturas, sistemáticas, conceituações e nomenclaturas.

O modelo multiportas descortina um inovador marco de cidadania para o enfrentamento de disputas em matéria tributária, com aptidão não somente para solucionar os litígios efetivos, mas, simultaneamente, promover a prevenção e a gestão de conflitos emergentes, a partir da incorporação de vias abertas à consensualidade.

É diante dessa nova postura cidadã e inclusiva que o direito tributário e o direito processual tributário postulam ser inseridos, desafiando a dogmática estritamente formal do positivismo e propondo a ressignificação de alguns dos seus postulados clássicos, como a legalidade, a indisponibilidade e a igualdade. Na realidade, a justiça multiportas expõe uma preocupação,



estranha aos ideais do Estado brasileiro pretérito ao modelo constitucional vigente, alinhada com a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Em suma, defende-se a admissibilidade do modelo multiportas no âmbito do direito tributário brasileiro, a partir de uma necessária incursão na dogmática do sistema de justiça fiscal, alicerçada numa nova ótica de legitimação democrática de Estado de direito, que consagra e reafirma o direito amplo de participação dos cidadãos.

## **12.1 O papel do tributo na complexa transição do Século XXI: a dimensão humana da tributação na gênese do estado constitucional de direito**

As várias mobilizações de índole social, política, jurídica e econômica, póstumamente à Segunda Grande Guerra, trouxeram à tona reivindicações contundentes em nome da *dimensão humana* como um elemento essencial e indissociável do Estado constitucional de direito. Um cenário que reacendeu indagações antigas acerca do direito público e da fundamentalidade do Estado na vida dos cidadãos, representando uma variante destacável dos novos tempos.

A centralidade da dignidade da pessoa humana tornou-se uma característica marcante das Cartas e das Declarações de direitos e garantias universais, solenemente incorporadas nos textos constitucionais das principais democracias ocidentais, ressignificando a compreensão do direito positivo formatado ao longo de múltiplas e diferentes expressões do Estado moderno. Como bem destaca José Adelino Maltez (1996, p. 110), “*diz-me que conceito de sociedade tens, dir-te-ei qual é a tua perspectiva do direito*”.

O Estado constitucional consagra um conjunto de direitos e valores com atributo de fundamentalidade, mirando um propósito específico, capaz de justificar a sua preeminência perante a ordem jurídica: a exaltação da ideia de ser humano, decantada ao longo dos anos.

A juridicização da dignidade da pessoa humana sugere uma conjectura que remete ao jusnaturalismo, o que precede a própria existência do Estado, malgrado a sua asserção explícita como direito fundamental ainda resguarde algum frescor. Del Vecchio (1968, p. 47) destacou que “*a dignidade da pessoa humana só se compreende quando se atende a esta participação em um reino de valores absolutos*”. E remata: “*Reconhecida, embora de modo falível, por qualquer sistema jurídico historicamente*

*constituído, só encontra plena e perfeita consagração na participação do ser humano no reino ideal que transcende qualquer Estado”.*

No campo da tributação, a revalorização do sujeito passivo como foco principal da relação tributária alimentou o imperativo do Estado constitucional de direito, sabendo-se que as cartas políticas da atualidade, igualmente nesse conteúdo, absorveram um conjunto de princípios de índole fundamental, concretizadores da dignidade da pessoa humana. O paradigma do constitucionalismo pretende, pois, reavivar a teoria dos valores, um pouco adormecida nos tempos de um formalismo-positivista extremista. Tratando da “tendencia inquisitiva en el derecho tributario”, Humberto Medrano Cornejo (1997, p. 75-76) destacara um certo declínio do próprio princípio da legalidade, mitigado por normas e princípios constitucionais, no paradigma da contemporaneidade.

A realidade da tributação, como tudo, não é estanque. O alvorecer do século XX assistiu ao êxito dos impostos sobre os rendimentos como uma das formas modernas de tributação. O fim do século, por sua vez, passou a conviver com a profunda propagação dos impostos incidentes sobre o consumo como uma forma mais simples de financiamento do Estado. Cogita-se, modernamente, a instituição de bases tributárias inovadoras, totalmente desconectadas do passado remoto, associadas com realidades até há pouco inexistentes. Reconhecer, nesse cenário, uma órbita de atuação participativa dos cidadãos nos esforços estatais revela-se uma densificação teórica do imperativo democrático, que propõe a concepção do cidadão-contribuinte como um sujeito integral, pleno e consciente dos seus direitos.

Ao mesmo tempo, o enraizamento da percepção de *cidadania*, também no aspecto fiscal, sugere uma relação diferente entre os indivíduos e o Estado, mais aberta e transparente, pautada no reconhecimento da democracia participativa, capaz de assegurar, em via de mão dupla, os direitos e os deveres fundamentais. Em outras palavras, impõe-se não ignorar a qualidade que todo e qualquer cidadão ostenta de titularizar direitos e deveres fundamentais, dentro de patamares razoáveis de igualdade.

Recorrendo às lições de Casalta Nabais (2004, p. 384-385), o direito tributário dos nossos dias sobrepuja os deletérios preconceitos de outras épocas, “*como o da odiosidade do fisco e o do caráter excepcional das normas impositivas, que serviram de suporte a específicas teorias de interpretação das normas jurídico-fiscais*”, colocando em relevo os princípios constitucionais. Dessa maneira, em que pese o poder legitimado institucionalmente, erigido com a prerrogativa de desempenhar o mais perfeitamente possível as finalidades públicas endereçadas ao bem comum, com autoridade, segurança e justiça, incumbe ao cidadão-contribuinte assumir o seu papel

efetivo, em conjunto com o Estado, como um verdadeiro sujeito ativo na disciplina do convívio.

O paradigma do constitucionalismo promove uma ruptura com aquele desinteresse curioso por parte da teoria jurídica dos impostos relativamente à pessoa humana, conforme denunciado por Vitor Faveiro (1964, p. 50-51), percebido a partir da *“reduzida preocupação pelo fenómeno da vontade ou da psicologia, tanto no campo da constituição do direito ao imposto, como no da atitude das pessoas perante a obrigação do cumprimento das leis fiscais”*, orientado a perceber os contribuintes, tal como ocorre no âmbito das ciências econômicas, unicamente como um elemento do *fator trabalho*, detentor das riquezas, como consumidor ou destinatário de bens e serviços, *“sem consideração específica pela integralidade do homem, e pela complexidade dos elementos que o constituem”*.

O Estado constitucional também coloca em evidência um protagonismo nocivo do poder judiciário, aclamando a magistratura como *fiel da balança* no promissário modelo de bem-estar social. José Casalta Nabais (2004, p. 339-340) bem destaca que as transformações vivenciadas pelo Estado de direito, notadamente a partir das aspirações do Estado social, chacoalharam o funcionamento das sociedades, que haveriam de sentir posteriormente um solavanco da globalização econômica. As falhas na construção política da *vontade geral*, abaladas por práticas diversificadas e sofisticadas como o *lobbying*, legítimas e ilegítimas, empurraram o poder legislativo para um papel marginal, sendo fácil concluir que *“o princípio da legalidade fiscal deixou de construir a garantia de produção de um direito fiscal justo decorrente do consentimento dos contribuintes”*. Revela-se, porém, nos tempos de hoje, que também o poder judiciário é tão suscetível aos erros e às crises quanto os demais poderes ou funções em uma determinada república, a ponto de inundarem as críticas decorrentes dos problemas que o ativismo vem trazendo para a democracia.

Segundo João Ricardo Catarino (2009, p. 433-434), os Estados dos dias atuais caracterizam-se pelo *“empolamento ou a proliferação crescente das suas atribuições e de seus domínios de intervenção”*, o que acaba por sugerir um abrigo ainda mais intenso dos direitos e das garantias dos contribuintes. A ação do Estado na esfera social, que esteve centrada, de início, em preocupações de cariz predominantemente humanitário, atualmente *“disparou em múltiplas direções, abarcando praticamente tudo o que o que tem a ver com a segurança e com as condições de vidas dos indivíduos das famílias”*. Os impactos na atividade tributária são flagrantes, na medida em que o caráter reditício do tributo é sempre implacável: oferece com uma mão, mas arranca com a outra.

Paradoxalmente, o Estado social, que é muito benevolente nos seus juramentos constitucionais, tem precisado achacar os próprios cidadãos dignos da proteção financeira, a pretexto de amealhar os recursos necessários para protegê-los. Um processo que insufla os Estados, sem apresentar, contudo, aquela eficiência igualmente prometida nos textos com as promessas fundamentais. Ora, a crise erige-se da essência do Estado, residindo no conjunto de matérias e desempenhos que dão sentido a sua própria existência. Não há sentido no Estado que desserve para colocar em curso os serviços e as utilidades de interesse coletivo, transcendentais ao domínio particular dos indivíduos integrantes da coletividade.

Uma refundação dos pressupostos da tributação exige perceber a crise tributária instalada, sobretudo nas economias terceiro-mundistas, em cujos países os sistemas fiscais remetem a estruturas que assumiram há muitas décadas, quando o imposto restou alçado à condição de principal fonte de receita do Estado. Nos dias presentes, malgrado a inegável decisividade do tributo na manutenção e no desenvolvimento social do Estado, deixando de lado a proposta de neutralidade da tributação reivindicada pelo liberalismo, é igualmente inescapável o problema da globalização econômica e da corrida pelos novos mercados, escancarando as dificuldades que precisam ser enfrentadas pelas nações menos desenvolvidas.

Esse repensar aponta para possibilidades diferentes de enfrentar as dificuldades inerentes à fiscalidade, perpassando pelo reconhecimento do diálogo indispensável entre os sujeitos da relação jurídico-tributária acerca do modo instrumental de evitar ou compor os conflitos. Há um novo paradigma jusfilosófico em franca afirmação, questionando a ideia do monopólio histórico do poder judicial do Estado, outrora edificado sobre uma dogmática de superioridade e onipotência. Para Diogo Leite de Campos (2006, p. 130), as designadas garantias de *terceira geração* asseguradas pelo Estado democrático exortam a superação do conceito do “juiz-de-fora” como emanção do poder: “*haverá o ‘homem-bom’ escolhido pelas partes, da confiança destas, a dirimir os seus conflitos*”.

## **12.2 O elo de cidadania entre os contribuintes e o estado constitucional de direito como suporte para um novo modelo de justiça fiscal**

A concepção de justiça é algo que intriga os homens desde sempre, sobejando exuberantes construções filosóficas e estudos técnicos dedi-

cados ao enfrentamento da questão. Dignas de referência, as máximas que propuseram os romanos contagiaram uma parcela significativa dos pensadores ao longo da existência humana: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, atribuída a Ulpiano; e “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”, referida a Justiniano.

No campo da fiscalidade, igualmente, a questão da justiça tem sido um dos grandes desafios históricos, uma vez que o próprio Estado, que deveria ser a garantia primeira dos direitos do cidadão, acaba justamente identificado, muitas vezes, como o grande violador das liberdades individuais, por intermédio de imposições tributárias não legítimas. Historicamente, sempre se revelaram constantes os embates havidos entre, por um lado, justiça e segurança e, por outro, o atendimento adequado dos interesses públicos, a ponto de Diogo Leite de Campos (2006, p. 10) ressaltar, diante da ausência de um sistema adequado de justiça tributária, que “*é tão legítima a vontade dos governantes de que os cidadãos entreguem todos os seus bens, como a dos cidadãos em não pagarem nada*”.

Os contornos da justiça vêm sendo perseguidos e empregados há tempos como algo enlaçado à igualdade. Aristóteles (1965-1975, Livro VI, cap. III; Livro III, cap. V, parágrafo 7º) afirmou, ainda bem cedo, que “*todos os homens pensam que a justiça é uma espécie de igualdade, e até certo ponto eles concordam de um modo geral com as distinções de ordem filosófica estabelecidas por nós a propósito dos princípios éticos*”. E concluiu: “*elas explicam o que é a justiça e a quem se aplica, e que deve ser igual para pessoas iguais, mas ainda resta uma dúvida: igual em quê e desigual em quê?*”

Vitor Faveiro (1964, p. 56) esclarece, ao destacar que um dos fins mais importantes da organização política das sociedades é exatamente o da *garantia da justiça*, que não basta que a tributação seja justa em sua substância, fazendo-se “*necessário que os seus destinatários tenham a consciência da justiça que lhe está na base*”. Nessa direção, explica a *natureza da justiça* na perspectiva dos arranjos clássicos consagrados pelos escritos de filósofos gregos (comutativa, distributiva e social) (FAVEIRO, 1964, p. 76-81), sendo que as questões de justiça, até então, eram problemáticas fundamentalmente da mitologia e poesia, atreladas às virtudes humanas da verdade e retribuição, ou ainda da utilidade.

As primeiras noções sobre a justiça *comutativa* encontram a sua aurora mais remota nas ideias defendidas por Platão, que sustentava, no plano das relações sociais, a harmonia havida entre todos os homens. Uma concepção que posteriormente avançou com Aristóteles e os conceitos pitagóricos, que fizeram embarcar no âmbito das relações humanas o equilíbrio típico das fórmulas e propriedades matemáticas, conduzindo a um ideal de igualdade.

A formulação evolutiva para um conceito de justiça *distributiva* perpassa pelo reconhecimento de que os homens, apesar de iguais como pessoas, e ainda em dignidade de tratamento, diferem-se naturalmente com relação às aptidões e às qualidades individuais, justificando-se, bem por isso, um tratamento desigual na medida das suas desigualdades. Essa é a linha mestra do pensar filosófico que exerceu uma irrefutável influência até mesmo nas construções jurídico-políticas mais individualistas e personalistas.

Sem embargo, sendo certo que a pessoa humana é um animal social e não vive exclusivamente para si, acaba por contrair certos deveres e obrigações ao mesmo tempo em que lhe são assegurados os direitos e a dignidade. As regras de convívio com a humanidade sobejante constituem, assim, aquilo que se convencionou designar por justiça *social* ou *geral*, que, ademais, legitima as condutas eventualmente conflitantes com o rol dos princípios da justiça comutativa ou da justiça distributiva. É exatamente no plano dessa *justiça social* que se coloca a questão dos sacrifícios individuais em prol da coletividade, inclusive a concorrência do patrimônio particular para o sustento e a satisfação das necessidades gerais, sempre sob a batuta de um sistema de justiça capaz de assegurar os desígnios políticos de um povo.

O conceito e os desdobramentos da *justiça social* são verdadeiramente complexos, a ponto de Friedrich Hayek (1976-1982, p. 76-77) propor a negação da sua existência: “[...] *cheguei à conclusão de que o maior serviço que ainda posso prestar ao meu semelhante é fazer com que os oradores e escritores se sintam profundamente envergonhados cada vez que empregarem o termo justiça social*”. João Ricardo Catarino (2008, p. 230), por sua vez, temperando um pouco a rigidez da negação filosófica, lembra que a ideia de justiça social costuma ser atraente na medida em que “*deixa indefinido exactamente aquilo que está sendo procurado, o que pode ser, portanto, todas as coisas para todos os homens*”.

Segundo John Rawls (1991, p. 35, 305), sob a perspectiva de uma *desigualdade tolerável*, todos os bens sociais primários, como a liberdade, as oportunidades, o rendimento e a riqueza, além das bases do respeito por si próprio, devem ser objeto de distribuição com igualdade, a não ser que a distribuição desigual seja mais vantajosa para os outros menos favorecidos. Sublinhe-se a afirmação de que “*pode, em certos casos, ser oportuno que alguns tenham menos para que outros possam prosperar, mas tal não é injusto*”. Dessa maneira, “*não há injustiça no facto de alguns conseguirem benefícios maiores que outros, desde que a situação das pessoas menos afortunadas seja, por esse meio, melhorada*”.

Paralelamente, Amartya Sen (2000, p. 17) analisa as instituições econômicas, sociais e políticas não exatamente por uma perspectiva de justiça,



mas a partir de uma proposta de *desenvolvimento como liberdade*, propondo que “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Todo o complexo de liberdades, como as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, a transparência e a segurança protetora, atuam de maneira inter-relacionada, em que umas são importantes para a efetivação das outras.

A justa tributação e distribuição dos encargos sempre esteve ligada à filosofia de constituição política de cada sociedade, mesmo antes da concepção modernamente conhecida dos Estados, forjando arquétipos de convivência social e de solução dos seus conflitos.

O modelo de justiça no Brasil, que vem merecendo alguns reparos, consagrou o postulado de inafastabilidade do poder judiciário no texto constitucional, impondo obstáculos embaraçosos à evolução do sistema de jurisdição. Apesar de proclamar expressamente a abundância de meios e recursos suficientemente capazes de atender e satisfazer as demandas de todos os cidadãos, o poder judiciário brasileiro, com a missão de pacificar um país com dimensões continentais, não se tem apresentado um canal de solução eficiente e à altura dos anseios sociais, desembocando nas questões da morosidade as críticas mais emblemáticas e incisivas às deficiências enfrentadas pelo modelo.

Geraldo Ataliba (1987) sustentou que a importância do poder judiciário é ainda mais acentuada diante de um panorama de sociedades deformadas, involuídas e subdesenvolvidas, figurando como a “chave de todas as instituições”, porque “*não adianta haver lei para tudo, se não for respeitada*”. É no judiciário, pois, que se encontram as proteções das minorias contra as investidas das maiorias dominantes, já que não é necessário agradá-las nem cortejá-las.

Rui Barbosa (1999, p. 45), por sua vez, notabilizou-se por pensamentos célebres, descortinando realidades sensíveis, inclusive dirigindo críticas contundentes à morosidade do poder judiciário: “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”, de maneira que “*o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso*.” Em outra passagem notória, sustentou que a pior ditadura é a do poder judiciário, pois contra ela não há a quem recorrer. Naturalmente, a reflexão é ainda válida às avessas, diante de uma estrutura jurisdicional que detém o intransigente monopólio da prerrogativa de julgar, porém não consegue responder satisfatoriamente aos anseios da sociedade.

A grande verdade é que o sistema de justiça tem falhado de maneira grave em repúblicas como o Brasil, uma vez que a demanda pelos direitos constitucionais encartados tratou de promover o acirramento das disputas. As relações modernas, como lembra Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 97), corroeram



as engrenagens da jurisdição com os novos atores sociais, de perfis não governamentais e transnacionais, também acompanhadas por uma realidade complexa e multidimensional, fazendo emergir outras fontes de produção da cultura jurídica. Não obstante, a cultura brasileira, notadamente a publicista, é ainda fortemente “*marcada por uma tradição monista de forte influxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas*”.

É nesse caminhar que o instrumental de mecanismos adequados para a solução e a prevenção de disputas fiscais encontra a sua legitimação, garantindo, em última análise, a efetivação do sistema de justa tributação. Um ideal que permanece a suplicar, entretanto, do beneplácito do Estado que se proclama democrático. Parafraseando Diogo Leite de Campos (2006, p. 35), tem-se que a presença da justiça deve-se colocar em todos os níveis da atividade tributária, formatando a ordem de direito fiscal. Nessa direção, não basta que o direito tributário seja somente uma ordem, mesmo que seja *ordem segura*. É necessário refletir “uma ordem justa” para que as normas legais tributárias mereçam o nome de direito tributário.

É obrigação avançar. Somente um sistema de justiça multifacetada, municiado de instrumentos adequados para a prevenção e resolução das disputas tributárias, marcado por maior sofisticação, celeridade e especialização, demonstra-se verdadeiramente capaz de representar a consagração de uma proposta moderna de acesso à justiça. Os mecanismos adequados de solução de conflitos, nessa perspectiva, detêm uma vocação para representar a consolidação do regime democrático, presidido por princípios da reciprocidade e pela mútua colaboração entre o poder público e os contribuintes.

### **12.3 A processualidade tributária em crise no Brasil**

O modelo de resolução das disputas em matéria tributária no Brasil é sabidamente problemático, ensejando prejuízos para o Estado, que não consegue satisfazer oportunamente os seus créditos e haveres. Ao mesmo tempo, o volume exorbitante de questões deflagradas deságua numa morosidade perversa, que provoca um ambiente desagradável para os negócios, repleto de insegurança jurídica, interferindo toxicamente na iniciativa privada e no desenvolvimento socioeconômico. Diante dessa conjuntura, o próprio conteúdo das decisões atrai desconfianças, muitas vezes sem a qualidade técnica esperada ou inclinadas para o atendimento de interesses políticos, sociais e econômicos questionáveis.

Os índices de litigiosidade assustam no Brasil, mais especialmente na seara fiscal e tributária. A quantidade colossal de demandas judicializadas, que se acumulam aos milhões nas prateleiras dos órgãos do poder judiciário, não encontra paralelos em lugar algum do mundo. Estimam-se cerca de 75 milhões de ações submetidas à apreciação da jurisdição tradicional, sendo o volume das execuções fiscais representativo de 36% desse volume total. O Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, remissivo ao ano de 2021, aponta a existência de aproximadamente 27 milhões de processos de execução fiscal tramitando nas estruturas do poder judiciário, com uma taxa de congestionamento que supera os 87%. Ou seja, um sistema jurisdicional que não consegue dar a vazão adequada para os litígios, mesmo em tempos de acelerada tecnologia e de informatização. Na perspectiva do jurisdicionado, reside na morosidade a face mais evidente do sistema em colapso. De outra perspectiva, o represamento arrecadatário do contencioso fiscal no Brasil superou a cifra astronômica de R\$ 5,4 trilhões, equivalente a 70% do Produto Interno Bruto.

A grande realidade é que o Brasil, visando garantir a satisfação dos créditos tributários, tem apostado praticamente todas as suas fichas em duas legislações com modelagem defasada: Lei nº 6.830, de 1980, e Decreto nº 70.235, de 1972, resultando em extraordinário estoque total de Dívida Ativa. Enquanto isso, as execuções perduram anos a fio, estendendo-se sobretudo sobre discussões relacionadas exclusivamente às garantias, com o abandono do problema central de mérito das questões controvertidas, sob o patrocínio de servidores públicos altamente remunerados, cujos custos não justificam, nem de longe, a perpetuação de um modelo falido.

É chegada a hora de reconhecer a imperiosidade da mudança, em sintonia com a concepção de tutela jurisdicional efetiva consagrada pelo texto constitucional positivado, capaz de carregar em si uma convergência de diversos princípios, com igual dignidade ao acesso ao poder judiciário, como o devido processo, o julgamento em tempo razoável e a efetiva participação dos cidadãos nos espaços republicanos. A mudança de paradigma remete a Montesquieu, ao elaborar sobre a diferença entre a natureza do governo e o seu princípio. Enquanto a natureza o faz ser como é, o seu princípio é o que o faz agir, sendo que o princípio da democracia é a virtude: *“Quando cessa esta virtude, a ambição entra nos corações que estão prontos para recebê-la, e a avareza entra em todos”* (MONTESQUIEU, 1996, p. 31). A implementação de técnicas não contenciosas de solução de litígios tributários tem a virtude e a potencialidade de proporcionar vantagens instantâneas, como a segurança das relações, a estabilidade jurídica, a definitividade, a aceitação e a satisfação com o conteúdo, a celeridade, o sentimento de cooperação e a credibilidade.

O sistema processual tributário precisa estar aberto à discussão de novas alternativas para a solução de conflitos, compatíveis com os ideais de um Estado cidadão, pautado em valores de justiça. Não é possível que o contribuinte tenha que suportar a sutil e recorrente violência do Estado, refletida em um sistema fiscal caótico que, a todo momento, incrementa as obrigações passivas da relação fiscal, a partir da banalização simples do autolancamento. Atribui-se ao contribuinte todas as mazelas maquiavélicas de substituição tributária num sistema indecifrável, submetendo os cidadãos à tarefa hercúlea e inglória de compreender e aplicar uma legislação esquizofrênica. Um Estado que não se cansa de ser vigilante, mas revela toda a sua despreocupação com a compreensibilidade do sistema pelo contribuinte. Schumpeter (1984), com justeza, cunhou o adágio: “*o político em democracia está tão preocupado em não cair da montada do poder que não tem tempo para saber para onde corre o cavalo*”.

É preciso destacar a eficácia inegável das vias alternativas de resolução de conflitos em matéria fiscal, provocando uma importante diminuição do contencioso tributário em diversas experiências no mundo. Na Itália, por exemplo, desde o início dos anos 1990 até o começo dos anos 2000, as estatísticas revelaram uma forte diminuição no número de questões pendentes de resolução, apontando uma redução superior a 50% por ocasião da efetivação institucional das técnicas consensuais de resolução de disputas fiscais (ANDRÉS AUCEJO, 2008, p. 45, 137-146). Mas não há somente o ganho de celeridade, sendo destacável a melhoria de qualidade das decisões tomadas, porquanto os diferentes mecanismos possuem a virtude de identificar a necessidade de cada conflito, atacando-o com maior especialidade ou com a mitigação de incertezas.

A crise de justiça, traduzida numa percepção vulgar de mau funcionamento do poder judiciário, não se deve apenas àquela ineficiência associada com a colocação de um fim nos processos judiciais. Deve-se perceber, previamente, que existe um ponto de origem para os conflitos, em geral relacionado aos procedimentos autoritários de lançamento do crédito tributário (ou da sua homologação), em que a administração pública faz pouco caso, muitas vezes, dos princípios orientadores da atividade fiscal, motivada por interesses puramente arrecadatários. Não raras as vezes, diante de uma incerteza fática ou jurídica das situações tributáveis, aplica-se o princípio meramente retórico de supremacia do interesse público ou recorre-se à ideia fantasmagórica *in dubio pro fisco*.

O Brasil manteve-se historicamente afastado dos caminhos percorridos por países estrangeiros, possivelmente diante de compreensões irrefletidas a respeito das garantias inseridas nos textos fundamen-

tais pelo legislador constituinte, que ainda hoje ecoam no sentido de impedir o avanço efetivo dos mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos. É hora de repensar a garantia sob o aspecto da maleabilidade subjetivista.

Foram décadas de uma política fiscal ineficiente, na contramão da trajetória das principais e mais desenvolvidas economias ao redor do mundo, provocando atrasos para o Brasil, atados a investimentos em um sistema obsoleto, paradoxalmente ruins: um modelo custoso e que não apresenta bons resultados. Não é mais possível que se faça tudo do mesmo modo, quando se buscam resultados diferentes e melhores. Perde-se o rumo da história. O economista e diplomata brasileiro Roberto Campos (1999), há tempos, denunciava a falta de criatividade e capacidade dos poderes constituídos para a implementação de inovações ousadas no sistema tributário, cujas ações evidenciavam tão somente “remendos fantasiados de reformas”. Campos sustentava a necessidade de uma modernização verdadeira no sistema fiscal, exigindo “*uma lavagem cerebral de vários preconceitos*”. Mesmo naquele tempo, destacava sobre a situação no Brasil: “*não há perigo de melhorar*”.

Felizmente, o Brasil despertou para essa nova realidade, sendo irrefutável que a implementação de mecanismos inovadores voltados à prevenção e resolução de conflitos em matéria tributária definitivamente ingressou no debate público nacional, sobretudo a partir do espaço de afirmação mais efetivo conquistado por ocasião da grave crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19.

O discurso de fuga em relação ao conturbado sistema monista e centralizado do poder judiciário tradicional, desde então, tem-se potencializado com um apoio institucional importante e bastante amplo, notadamente a partir de uma postura menos intransigente adotada pelas administrações tributárias, o que atualmente repercute em robustas políticas públicas incorporadas pelo sistema de justiça. Recentemente, diversas sugestões de reformas nos processos administrativo e judicial tributários foram apresentadas ao Congresso Nacional por Comissão de Juristas, capitaneados pela Ministra Regina Helena Costa (Ato Conjunto nº 1, de 2022, da Presidência do Senado Federal e da Presidência do Supremo Tribunal Federal), resultando em Projetos de Lei com temáticas variadas (processo administrativo tributário federal; consulta quanto à aplicação da legislação tributária e aduaneira federal; mediação tributária; arbitragem em matéria tributária e aduaneira; cobrança da dívida ativa; normas gerais de prevenção de litígio, consensualidade e processo administrativo, em matéria tributária; normas gerais relativas a direitos, garantias e deveres dos contribuintes, dentre outras).

## 12.4 A lacuna do modelo multiportas tributário no Brasil

Alfredo Augusto Becker (2007, p. 504-505) dissera que ideias novas assombram e os governantes seguem a comandar o povo à luz de experiências caducas, sem reconhecer as modificações que o sistema econômico-social percorre. Não é preciso grande esforço para perceber que o sistema de jurisdição fiscal no Brasil é bagunçado, aparentemente caótico, mostrando-se o instrumental jurídico do direito tradicional inapto para o enfrentamento das novas e frenéticas realidades. Claramente, remete a uma realidade descortinada em outros tempos, que revela a *caducidade precoce* de um direito tributário que recém nasceu.

O debate no direito tributário brasileiro a respeito das técnicas não convencionais de solução de conflitos encontra-se ainda em fase embrionária, mas já parece caduco, tamanha a esquizofrenia desnudada pelo sistema pacificador. É difícil admitir serenamente, diante da tradição do direito tributário, iniciativas que flertam com os institutos e métodos de silhueta acentuadamente privada para o enfrentamento dos problemas públicos. Não obstante, há que se transpor as barreiras do *pré-conceito*.

Não há como esconder, contudo, a evolução quase convulsiva da sociedade e um paradigma de relações cada vez mais complexas, impactando decisivamente na construção e aplicação do direito, de modo a desaguar em legislações com um conteúdo mais aberto, caracterizadas por indeterminação e largas zonas de vagueza, concebidas pela renovação instantânea em uma Era digital. Esses espaços marcados por incertezas, e até um certo discricionarismo, ingressam com maior frequência na atividade tributária, suscitando o desempenho mais ativo do cidadão no procedimento tributário e na formação da vontade administrativa. Nesse caminho, quanto mais afastada a participação dos sujeitos passivos na atividade tributária, mais se transforma a relação fiscal em uma relação meramente de poder, menos jurídica, justa e equilibrada.

A inserção dos sujeitos passivos no processo tributário é um imperativo do Estado democrático de direito, exigindo a oitiva dos cidadãos nos processos de tomada das decisões definitivas pela administração pública, uma vez que a incerteza jurídica do ordenamento normativo corrói visceralmente a segurança das relações, cujo compromisso da aplicação perfeita é progressivamente imputado ao contribuinte. A doutrina estrangeira tem ecoado a conveniência dos mecanismos não convencionais em diferentes etapas dos procedimentos fiscais, sobretudo naquelas questões que remetem a alguma margem de discricionariedade ou incerteza,

ênfatizando que é vedado às partes intervirem voluntariamente para modificar os chamados elementos substanciais da relação obrigacional de natureza tributária, “*pero ello no impide la manifestación del consentimiento de cualquiera de ellas en la determinación o concreción de alguno de sus aspectos no sometidos al principio de legalidad*” (VICENTE-ARCHE COLOMA, 2018, p. 254).

A concepção do modelo multiortas sempre encontrou resistências, é verdade, especialmente no pensamento dos juristas que não reconhecem a inserção, no universo do direito tributário, das técnicas que pretendem penetrar na discussão das situações tradicionalmente objetivas e vinculadamente interpretadas. Eurico Marcos Diniz de Santi (2008, p. 174-176) abordou a temática das vias alternativas de resolução de conflitos em matéria tributária como uma “modernidade”, sugerindo um fenômeno de *paranoia* ou *mistificação*, a partir de tentativas de legitimação, no direito fiscal, da discricionariedade que se alastra na compreensão no direito. Perfilhando uma crítica bem contundente ao paradigma consensual, defendeu que o modelo representaria a “ruptura da legalidade” e a relativização de conceitos consagrados dos institutos do direito tributário, com uma repercussão de absoluta insegurança jurídica para as relações jurídicas, além da contribuição para o alavancamento da corrupção e a formatação do que chamou de cenário do “paraíso transaccional”.

É importante não desconsiderar, sem embargo, que o exagerado formalismo que modelou o direito tributário na sua essência criadora vem sendo resignificado pela realidade social, encontrando-se no direito comparado as luzes para o caminho da mudança:

A pacificação e obtenção do consenso na operação de interpretação e de aplicação da norma resulta numa vantagem importante na gestão e aplicação do sistema fiscal desde que sejam respeitados os princípios da transparência e se garanta uma clareza na aplicação das regras. (GUIMARÃES, 2008, p. 165)

As experiências comparadas de Portugal, Espanha e Itália revelam-se paradigmáticas para o desenvolvimento das técnicas adequadas no Brasil. São modelos implementados e experimentados com resultados importantes na prática tributária de nações europeias, enquanto a ordem jurídica brasileira permanece a reboque nessa discussão, debruçada em dogmas superados e numa cultura conservadora.

Certamente, não existe uma solução simples, muito menos de curto prazo, para a superação dos problemas brasileiros, mas os resultados importantes da justiça multifacetada tendem a legitimar a proposta. Ainda

que a doutrina aponte como vantagens dos métodos não convencionais de resolução de litígios fiscais somente os ganhos de celeridade e a redução expressiva de processos que sobrecarregam o poder judiciário (MACHADO, 2008, p. 127), a maior e verdadeira serventia dos mecanismos adequadas é *proporcionar decisões melhores*. Na realidade, tem-se um ganho global na aplicação participativa do direito, mais equilibrado e justo, com o plus de diminuição da litigância.

As técnicas adequadas para a pacificação tributária provocam uma ruptura com o modelo estadocêntrico de dissipação de conflitos, reconhecendo que todas as maneiras de resolver as controvérsias possuem e merecem a mesma dignidade constitucional da via estatal tradicional. Trata-se de reconhecer que não existe, *a priori*, mecanismos *melhores ou piores* para solucionar os conflitos fiscais, coexistindo técnicas que são *mais ou menos adequadas* para o enfrentamento de cada questão.

## Considerações finais

É bem sabido que a novidade incomoda, porque chacoalha e perturba a normalidade das coisas. A gênese do conceito multiportas não avançou imune à crítica. E não tende a ser diferente, por razões bem mais complexas e sensíveis, no âmbito do direito tributário.

Qualquer ordenamento jurídico indutor de litigiosidade não pode ser considerado, naturalmente, um arquétipo exemplar de justiça. Quando os cidadãos do Estado, incluídos os contribuintes, buscam maciçamente as instâncias do poder judiciário, significa que há um descontentamento crônico no que tange às regras de convivência e à sua aplicação concreta.

A ideia de justiça, refletida na pacificação social, pressupõe a possibilidade de participação mais ativa dos cidadãos nas mais diferentes manifestações de conflitos que as relações intersubjetivas necessariamente sugerem. Embora tendencialmente objetivista, o direito tributário não é uma ciência exata, tanto pela imprecisão da linguagem normativa, quanto pela intervenção inafastável do sujeito cognoscente.

O direito tributário encerra uma particularidade especial, aliás, tendo em vista ser orientado por um conjunto de valores próprios, dignos de louvor, que não admitem conceber a tributação senão como um sistema complexo no qual as normas estejam racionalmente articuladas, em consonância com as respectivas capacidades econômicas por eles gravadas.

Grande parte das questões ventiladas pela doutrina conservadora para rechaçar a admissibilidade dos métodos adequados de resolução dos conflitos fiscais já foram ou estão sendo debatidas no direito tributário comparado, havendo um extenso caminho, pois, a ser explorado com a



incursão em experiências estrangeiras, sem o desprezo, seguramente, das peculiaridades inerentes a cada sujeito nacional e o seu respectivo ordenamento jurídico.

É sobretudo na indefinição fática e jurídica, *prima facie*, que impera o clamor pela concertação no direito tributário, não fazendo qualquer sentido, vale ressaltar, defender um modelo multiportas, com traços de consensualidade, naqueles espaços puramente objetivistas, em que a legislação é absolutamente inteligível e clara.

O texto constitucional brasileiro não impõe óbices à implementação de um modelo permissivo de vias concertadas para a gestão e a resolução de conflitos em matéria tributária, estimulando, ao contrário, o exercício da cidadania e a participação democrática. Não se quer dizer, no entanto, que as vias não tradicionais sejam um universo completamente aberto, manipulável livremente e ao deleite dos interessados envolvidos na relação jurídico-tributária. Diversamente, há tipos legais de objetividade inescapável e que não comportam o recurso às vias alternativas consensuais, sob pena de ofensa à legalidade. O descarte simplista de créditos tributários, constituídos a partir de um ato formal, com contornos legais rígidos, é capaz de revelar, muitas vezes, uma arbitrariedade travestida de discricionariedade.

A partir do reconhecimento de que há casos, sim, em que a lei é claudicante, encerrando incertezas jurídicas na operação aplicativa, que devem ser legitimadas e estimuladas as técnicas adequadas e o modelo multiportas. É reconhecer um espaço de atuação técnica e especializada, por exemplo, em casos em que lei autorizativa permita o procedimento arbitral tributário. É reconhecer, igualmente, a existência de incertezas no ato concretizador das normas jurídico-tributárias, que suscitam dificuldades ao intérprete-aplicador, muitas vezes insuperáveis *a priori*, sugerindo a formatação de uma decisão administrativa dialogada, pautada na participação democrática dos cidadãos, a partir de uma intervenção preventiva ou posterior voltada à dissipação dos litígios, em cujo espaço se mostra legítima a postulação das técnicas de transação, mediação ou conciliação. Tudo sem afastar, naturalmente, aquela atribuição que justifica a própria existência do Estado moderno, que é a garantia inerente ao poder judiciário inafastável, acomodado, contudo, em um sistema multijurisdicional.

A proposta do modelo multiportas reside, dessa forma, em identificar qual papel poderiam desempenhar as técnicas alternativas (arbitragem, transação, mediação, conciliação) no âmbito do direito tributário, com as necessárias e possíveis adaptações decorrentes da filosofia que cerca cada construção jurídica. Cabe à lei definir, pois, diante desse quadro que

reconhece e admite a concertação na seara fiscal, em que termos e limites (proposta *lege ferenda*), admitirá cada técnica complementar.

O tributo justo precisa estar paramentado com um sistema processual equitativo, suficientemente capaz de corrigir, ou, pelo menos, temperar as injustiças na formação do tributo, fortalecendo a confiança entre as partes, além de enaltecer outros valores alçados ao status constitucional, como a celeridade, a segurança jurídica, a eficiência e a previsibilidade, de modo a impactar positivamente no palco de litigiosidade.

## Referências

ANDRÉS AUCEJO, E. **La resolución alternativa de conflictos tributarios en Italia**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Presença e Círculo de Leitores, 1965-1975.

ATALIBA, G. Justiça para todos. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, ano 6, n. 19, out. 1987.

BARBOSA, R. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BECKER, A. A. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

CAMPOS, D. L. **O Sistema tributário no estado dos cidadãos**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAMPOS, R. Não há perigo de melhorar. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05 dez. 1999. Mercado. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1876134-leia-o-texto-de-1999-nao-ha-perigo-de-melhorar-de-roberto-campos.shtml>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

CATARINO, J. R. **Para uma teoria política do tributo**. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009.

CATARINO, J. R. **Redistribuição tributária: estado social e escolha individual**. Coimbra: Almedina, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>.

CORNEJO, H. M. La tendencia inquisitiva en el derecho tributario. In: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (org.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. 340p.

DEL VECHIO, G. **Direito e Paz: Ensaio**. Braga: Scientia & ARS, 1968.

FAVEIRO, V. A. D. **Fiscalidade nacional contemporânea**. Lisboa: Ministério das Finanças, 1964.

GUIMARÃES, V. B. O papel da vontade na relação jurídico-tributária: contributo para a compreensão da possibilidade técnico-legal da conciliação e transação como forma de extinguir o débito tributário. In: SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HAYEK, F. A. **The mirage of social justice: law, legislation and liberty**. London: Routledge and Kegan Paul, 1976-1982.

INSPER. **Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2020 - Ano de referência 2019**. Disponível em: <[https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso\\_tributario\\_relatorio2020\\_vf10.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf)>.

MACHADO, C. H. **Modelo multiportas no direito tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

MACHADO, H. B. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MALTEZ, J. A. **Princípios de ciência política: o problema do direito**. Lisboa: ISCSP, 1996. v. 2. 652p.

MONTESQUIEU, C. S. **O espírito das leis**. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **PGFN propõe medidas para fortalecer a cobrança da dívida ativa da União**. Notícias, 23 mar. 2019. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/2019/pgfn-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cobranca-da-divida-ativa-da-uniao>>. Acesso em: 05 set. 2019.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, Fragmentos, 1991.


SANTI, E. M. D. Transação e arbitragem no direito tributário: paranoia ou mistificação? In: SARAIVA FILHO, O. O. P.; GUIMARÃES, V. B. (org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VICENTE-ARCHE COLOMA, P. El modelo de arbitraje tributario de Portugal y su posible traslación al ordenamiento tributario español. **Revista de Finanzas Públicas e Direito Fiscal**: artigos, comentários de jurisprudência, resenhas e crónica de actualidade. Lisboa, año 10, n. 3 e 4, p. 247-271, verão 2018.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.



# As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente no processo administrativo tributário: uma abordagem à luz do contraditório substancial

*Gilson Wessler Michels*

## Introdução

O objetivo deste artigo é o de abordar uma recente, importante e polêmica decisão prolatada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (Acórdão CSRF n.º 9303-008.694, de 12/06/2019), na qual restaram adotadas as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente, importadas do direito norte-americano e incorporadas formalmente à nossa ordem jurídica no Código de Processo Penal – CPP (ar. 157), para fins de relativizar a vedação à utilização das provas ilícitas no processo administrativo tributário.

O caráter controverso da decisão está dado por circunstâncias afetas tanto à validade da incorporação das referidas teorias no processo administrativo, como ao modo com que foram manejadas no caso concreto

levado a julgamento. Muito já foi dito por vários doutrinadores sobre os problemas ligados à pretensa importação descontextualizada das teorias e de seu diferenciado papel na esfera do processo penal, mas no presente artigo a ideia é analisar a decisão da CSRF sob a ótica específica de um princípio basilar da disciplina processual que é o do contraditório.

O contraditório, como princípio constitucionalmente qualificado, ganhou intensificação a partir das reformas recentes do direito processual civil, recebendo qualificação majorada, sintetizada na expressão “contraditório substancial”, que busca afastar qualquer conotação meramente retórica a este verdadeiro pilar do nosso atual direito processual.

O que se busca evidenciar neste estudo é que o contraditório substancial, em sua multidimensionalidade, impõe requisitos à legitimação da atividade judicante administrativa no plano não apenas do trato das questões de fato, mas também no das questões de direito. E que, a partir disso, tanto a importação das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente, quanto o manejo delas em face das peculiaridades da relação jurídico-tributária e das especificidades da atuação das autoridades fiscais, devem se submeter aos ditames da interlocução qualificada exigida pela versão revigorada do contraditório.

Como se buscará demonstrar, a decisão da CSRF pode ter subestimado, à luz do contraditório substancial, aspectos importantes relacionados à produção probatória e à conformação da moldura normativa do processo administrativo tributário.

Do ponto de vista de sua estrutura, o artigo abordará inicialmente o contraditório substancial, tratando de caracterizá-lo (Item 1), de contextualizá-lo dentro do sistema de produção probatória na esfera do processo administrativo (Item 2), de relacioná-lo com a busca pela verdade processual em um contexto de indefinição da natureza do julgamento administrativo (Item 3), e de abordá-lo a partir de sua vocação para legitimar a atividade judicante administrativa nos planos das questões de fato e de direito (Item 4). Por fim, é apresentada a decisão da CSRF e são tecidas considerações sobre o julgado, destinadas estas à ênfase de alguns problemas no manejo do direito e dos fatos postos em contraditório (Item 5).

### **13.1 O contraditório substancial como meio de legitimação da atuação judicante administrativa**

O contraditório é uma das garantias constitucionais mais relevantes à efetiva promoção dos direitos fundamentais no âmbito do processo.

Visa assegurar às partes muito mais do que a mera oportunidade de manifestação em determinada relação processual. Trata-se de norma jurídica cujos efeitos objetivam legitimar a construção e a aplicação de outras normas. Tem a ver com a aceitabilidade das decisões produzidas pelos julgadores em geral e cumpre papel essencial na atuação do poder público no âmbito do processo administrativo tributário.

O conteúdo do contraditório foi visivelmente impactado pelas recentes reformas legislativas realizadas na legislação de direito processual. Ao deixar de ter uma conotação meramente retórica e de mera bilateralidade, para vincular-se ao efetivo direito de influência, o contraditório acabou se transformado em elemento nuclear e estruturante da processualística. Essa mudança impôs alterações também na esfera da atuação administrativa tributária, ao determinar modificações no relacionamento entre poder público e contribuintes nas várias fases do processo administrativo, bem como na própria forma de atuação dos julgadores administrativos e no modo de produção e enunciação de suas decisões.

Notadamente em tempos de contínuas e aceleradas renovação e diversificação das relações sociais, econômicas e políticas, bem como de intenso uso da tecnologia como instrumento renovador das operações negociais (em forma e conteúdo), o contraditório assume um papel fundamental no que se refere à identificação da substância que subjaz por detrás de atos praticados com roupagem renovada ou inusitada. Ele serve ao diálogo qualificado entre poder público e particular para que se possa verificar se esses atos com nova roupagem devem realmente ser qualificados como fatos geradores de tributos a partir de suas confrontações com os enunciados normativos gerais e abstratos.

Veja-se que, num cenário de ênfase da interlocução democrática como meio de legitimação da atuação do Poder Público nas suas relações com os cidadãos, cumpre ao contraditório viabilizar essa interação qualificada, no âmbito específico das relações processuais e/ou procedimentais.

Neste sentido, já de início é importante enfatizar que essa abordagem, sustentada que está numa visão integrada entre processo civil e o processo administrativo, se justifica não apenas em razão das previsões expressas postas no novo Código de Processo Civil – CPC, como, por exemplo, o artigo 15, que prevê expressamente a aplicação subsidiária e supletiva de seus preceitos ao processo administrativo. Referida abordagem tem justificação, também, em face de que a atuação administrativa, especialmente a contenciosa (vinculada à atividade dos julgadores administrativos), de há muito já é pautada por esse “empréstimo” das normas do CPC. A rigor, nem se trata de empréstimo, mas, isto sim, de uma deferente tentativa de preservação da unidade da nossa disciplina processual.



Em verdade, o contraditório sempre foi um instituto nuclear para o direito processual. Entretanto, na fase atual de evolução da nossa processualística, ganhou mais relevo. Ao redor dele orbitam, ou dele dependem, hoje, vários objetivos fundamentais do nosso renovado sistema de solução de litígios. A busca, por exemplo, por decisões bem fundamentadas, que propiciem baixo nível de revisão e contribuam para a construção de um sistema de precedentes, está escorada naquilo que se convencionou chamar de contraditório substancial. Esta concepção substancial do mencionado instituto nada mais é, aliás, do que sua projeção para além do sentido meramente retórico e inodoro que sempre teve. Tudo com vistas a privilegiar a primazia do julgamento de mérito, com supressão da nefasta prática da jurisprudência defensiva<sup>145</sup>.

No contraditório tem-se hoje a associação de, pelo menos, duas garantias: a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa, aspectos que evidentemente se interpenetram (DIDIER, JR, 2016, p. 81-86). Mesmo as autorizações para conhecer determinadas matérias de ofício se submetem ao prévio contraditório<sup>146</sup>. Há, portanto, uma grande e inequívoca distância da antiga ideia de contraditório como mero direito de informação, o que torna acertado afirmar, como fez Didier Jr., que “*essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro*” (Id. Ibid., p. 85).

Esta transmutação do contraditório, porém, está longe de ser um movimento apenas processual. A adoção do modelo constitucional do processo, provocada pelas reformas recentes, é, antes, consequência da gradativa incorporação da ideia de que a legitimação de qualquer atuação do poder público depende não apenas de uma norma positiva atributiva de competência administrativa, mas também da qualidade do ato praticado. E essa legitimação, reconstruída em forma e substância, nada mais é do que um dos resultados da crescente percepção de que, em um Estado Democrático de Direito, a interação democrática é o grande imperativo da atuação pública, esteja ela vinculada à função jurisdicional, administrativa ou legislativa.

---

<sup>145</sup> Na feliz aceção dada pelo ministro Humberto Gomes de Barros, numa menção ao Superior Tribunal de Justiça feita em um segmento de seu discurso proferido em 07/04/2008, na solenidade de posse no cargo de Presidente do STJ para o biênio 2008/2010, a jurisprudência defensiva consistiria “na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”. O que há de especialmente indesejável é que esses entraves e pretextos inviabilizem garantias constitucionais fundamentais, como o acesso à justiça e o devido processo legal. Para além disso, porém, evitam que o Poder Judiciário chegue àquilo que é sua vocação: a solução dos litígios, no mérito, e a consequente estabilização das relações jurídicas.

<sup>146</sup> Artigos 9.º e 10 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, o contraditório, em sua versão substancial contemporânea, passa a ser um filtro de depuração democrática. Isso porque ele se conforma como um dos principais instrumentos de aproximação entre poder público e sociedade. Com isso, tal garantia passa a exercer papel dúplice: o de meio de interação e o de parâmetro de avaliação da produção normativa, seja ela dotada de generalidade ou voltada à definição de uma norma individual e concreta. O grau de adoção do contraditório passa a ser, nesse sentido, determinante tanto para a legitimação das atuações públicas, como para a avaliação de seus resultados concretos.

Mas há mais. Ao contraditório cabe também um papel importante tanto no contexto fático, altamente volátil, típico dos dias atuais, quanto no campo da interpretação de enunciados normativos, estes, via de regra, vagos e ambíguos.

No que se refere aos fatos, vive-se, como se sabe, em período de grandes e rápidas transformações. Tudo se modifica continuamente, numa profusão de novidades que desafiam a capacidade de todos de lidar com as interfaces com um mundo que diversifica continuamente seus contornos. Agregados às novas tecnologias, e apesar de não apenas em face delas, surgem novas formas de relacionamento, novos meios de celebração de negócios, novos mecanismos de interação institucional e novos arranjos de organização societária. Essas modificações com relação aos referidos eventos impõem desafios contínuos no que se refere a se saber qual é a qualificação jurídica de cada um deles e sobre se eles se enquadram ou não se enquadram na hipótese de incidência de determinado enunciado normativo.

Os desafios também dizem respeito à ideia de que estabilidade tem a ver com a preservação estática de determinadas condutas ou regras. Neste aspecto, aliás, estabilidade deixa de ter a ver com sedimentação de posições, passando a se associar intensivamente com a ideia de preservação de continuidade num sentido específico: o da preservação de liames entre o passado, o presente e o futuro. Ou dito de outra forma: estabilidade pelo acatamento da ideia de que as mudanças são inevitáveis, mas que tais alterações não devem ser realizadas por meio de rupturas bruscas, com a marginalização irrestrita do que passou<sup>147</sup>.

Nesse contexto, a intensificação da interação trazida pelo contraditório substancial é essencial. Ela tende a robustecer o diálogo interpretativo

---

<sup>147</sup> Notáveis, neste sentido, as lições de Humberto Ávila, no seu já clássico "Teoria da Segurança Jurídica". A ideia de segurança jurídica como continuidade/estabilidade, mas continuidade/estabilidade como sinônimo de transições equilibradas entre passado, presente e futuro, denota o caráter necessariamente interlocutório que deve marcar a atuação de tantos quantos concebam, interpretem ou apliquem as normas jurídicas. Sem diálogo não há contexto: o tempo e seus modos ganham irrelevância.

que deve ser feito entre particular e poder público no que se refere a saber qual é a significação jurídica a ser estipulada para certos eventos que se materializam no mundo fenomênico, já que esses significados, como explica Aarnio (1997, p. 53), são dados pelo intérprete, não encontrados simplesmente. Referido diálogo tende a permitir, sendo assim, a contínua adequação daquilo que se pode extrair das molduras normativas (tão vocacionadas à estagnação) às especificidades da realidade tão efêmera.

No que diz respeito, por outro lado, à interpretação dos enunciados normativos, ou, como se costuma chamar, as “questões de direito”, o contraditório cumpre um papel de mais alta relevância. Não há, hoje, certezas definitivas tanto no que se refere aos contornos dos fatos, como no que toca às interpretações jurídicas relativamente aos enunciados normativos. Estes são, via de regra, como se disse, ambíguos e vagos. Eles exigem, em não raras vezes, interpretação para que seu conteúdo semântico seja realmente definido, tornando a busca pelo sentido desses enunciados normativos uma tarefa a ser conduzida também por via da interação qualificada propiciada pelo contraditório substancial.

Ademais, é correto afirmar que o Direito no caso concreto, ou, dito de outra forma, a normatização de casos concretos, passa a ser tarefa realizada dialogicamente, tornando superada a prevalência da posição do juiz, expressa no vetusto brocardo do *iura novit curia*. Ninguém mais conhece o Direito *a priori*, pois ele está sempre correndo atrás dos sempre mais fugidios substratos fáticos.

Em face desse cenário é que se pode afirmar a superveniência de um contraditório que, como garantia: (i) não se satisfaz com o diálogo meramente protocolar; (ii) viabiliza o julgamento de mérito e o estabelecimento de um sistema de respeito a precedentes; (iii) atua concretamente na reconstrução processual dos fatos e na depuração exegética das normas jurídicas; e, (iv) enfim, se relaciona intensivamente com a legitimação da atuação pública em um mundo que se reinventa cotidianamente.

Ou seja, trata-se de uma concepção de contraditório entendido como liame de comunicação e interface entre a realidade sempre defasada e insuficiente dos textos legais, vale dizer, a realidade tormentosa, desafiadora, inconformada, mas “real” da vida cotidiana, a qual se renova continuamente a partir da tecnologia ou mesmo apesar dela.

E esse novo contraditório tem muito a contribuir aos “vários processos”. No caso específico do amplo processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, há muito a se fazer; e isso no sentido da adequação das várias atuações administrativas que o compõem. Seja na fase de fiscalização da regularidade fiscal dos contribuintes (dita como não contenciosa), seja na fase de julgamento administrativo da insur-



gência do contribuinte (a fase contenciosa), a aplicação do contraditório substancial impõe alterações importantes na forma de relacionamento entre administração tributária e contribuinte. Cuida-se de mudanças que dizem respeito à amplitude das prerrogativas das partes e dos órgãos julgadores e que ganham, por conta disso, importante espaço nas discussões relativas a como as regras de direito probatório devem ser manejadas legitimamente na esfera dos julgamentos administrativos.

### **13.2 A prova num contexto de diversificação dos fatos e do direito**

Em algumas passagens de sua ampla e célebre obra, o eminente professor Michelle Taruffo diz que as escolas de direito deveriam ser mais propriamente chamadas de escolas de fatos, porque os juristas estariam, na maior parte do tempo, debruçados sobre questões de fato. A manifestação do mestre italiano, produzida com evidente bom humor, pode parecer excessiva quando se tem em mira o direito olhado de modo genérico, mas se mostra difícil de contestar quando se tem em conta o direito processual. É que como grande parte das vicissitudes processuais e procedimentais estão associadas à operacionalização de instrumentos destinados à aferição da verdade acerca dos fatos – ou, mais precisamente, da verdade das alegações acerca dos fatos –, se teria uma processualística muito mais enxuta se o processo se limitasse ao escrutínio de questões apenas de direito.

Mas assim não é, porém. Muito embora possa parecer o contrário, certo é que, para o direito processual, o grande desafio são mesmo os fatos. E isto porque os fatos são fugidios, já que mesmo aqueles que os presenciam acabam temperando a pretensa objetividade da observação, com os filtros vinculados a condicionamentos e limitações de muito variada ordem. A rigor, a verdade acerca dos fatos depende grandemente dos receptores, que podem ter percepções muito distintas acerca do que efetivamente viram, ouviram, enfim, do que eventualmente presenciaram.

Mas a busca pela verdade não é um problema apenas do direito; é antes um problema filosófico, que guarda relações com a tormentosa questão de se saber, por exemplo, se as “coisas” possuem uma essência em si mesmas gravadas, que poderia ser alcançada por algum método investigativo, ou se suas naturezas só seriam passíveis de identificação, em cada caso, a partir da experiência sensível, ou seja, diante da aferição feita por aqueles que, num determinado momento, as precisam interpretar.

Em razão do objetivo e dos limites deste estudo, não se vai aqui discorrer sobre as teorias acerca da verdade, que são tão numerosas como inconclusivas, onde quer que se as discuta (no direito, na filosofia etc.). O que importa enfatizar, porém, é que independentemente de se ter a verdade como algo que resulta da experiência sensível ou da interlocução entre aqueles a quem cabe escrutinar os fatos, certo é que à diversidade de situações de fato encontrada no mundo real, se soma a diversidade de versões resultante ora da falibilidade cognitiva e ora dos condicionamentos que tornam cada ser humano um ente único. E isso, à sua vez, contamina a pretensão à obtenção da verdade única, insofismável, tomada no plano filosófico como a essência em si ou no plano do direito processual como a propalada verdade material.

A rigor, a acepção que hoje se tem do que seja a verdade material, está morta, se é que chegou a nascer. Até se pode entendê-la como vigente, se a ela se der a identidade que ela efetivamente tem e que é pouco compreendida no âmbito jurídico, qual seja a de que se conforma como um instituto voltado não ao pretensioso objetivo de obtenção da única verdade acerca dos fatos, mas como meio de viabilização de uma interlocução ampliada, atualmente intensificada pelo contraditório substancial incorporado pelas recentes evoluções do direito processual, destinada à tentativa de eliminação das discrepâncias entre as alegações acerca dos fatos trazidas pelas partes.

A verdade, como espelho do que realmente ocorreu, é, portanto, uma quimera. E é em razão disso que, na esfera do direito, se multiplicaram as ficções, as presunções, as tentativas de estabelecimento de padrões probatórios, a diversificação das regras de atribuição do *onus probandi* e as tentativas de superar as limitações probatórias por via da importação de teorias alienígenas, vinculadas a ordens jurídicas de distinta tradição, dentre estas últimas, aquelas que dão objeto a este artigo. Mas o que há de comum a todas estas iniciativas é que representam elas a admissão de que existe uma verdade processual, não necessariamente coincidente com a verdade real, que pode ser obtida para fins de solução dos litígios, por meio do uso legalmente qualificado de juízos probabilísticos, por vezes com vieses consequencialistas.

Esta verdade processual, tida como a verdade possível ou a verdade suficiente (expressão que aqui se toma a liberdade de usar, por similaridade, em face das recentes manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca da existência de uma “legalidade suficiente” a relativizar a clássica “legalidade estrita” em matéria tributária), distante muitas vezes, especialmente em casos complexos, da verdade real (já que a essa nunca se chega em razão dos cortes propiciados pelos já referidos mecanismos de

sumarização probatória e da própria complexidade dos fatos), é a evidenciação concreta de que, no processo — e na da vida, em sentido bem mais amplo —, é a esta realidade parcial, imperfeita que se precisa recorrer para fins de que se possa dar termo final às relações tornadas litigiosas.

A questão problemática, porém, é a verificação de como esta verdade possível ou suficiente é obtida. E aí entra o papel do contraditório substancial, como instrumento de obtenção de algo que se pode chamar de verdade consensual, e que se mostra como sinônimo de verdade obtida por via da adoção de meios previamente informados às partes, e no âmbito dos quais as inferências dedutivas estabelecidas pelos julgadores sejam igualmente submetidas à interação qualificada propiciada pelo contraditório em sentido substancial.

Em outros termos, a verdade apurada precisa estar escudada por um cenário no qual não apenas as alegações acerca dos fatos sejam escrutinadas, mas também as regras de direito probatório adotadas, especialmente quando se mostram como inovações ainda não incorporadas formalmente à legislação processual aplicável (como é o caso das teorias que a seguir se abordará).

Esta ideia de que o contraditório substancial estenderia seus efeitos por sobre as normas e os fatos se justifica, pois, em face da necessidade de se minorar um importante risco: o de que no movimento de adequação das regras processuais probatórias à complexidade progressiva do mundo real, se tenha a exacerbação não apenas do uso de determinados instrumentos jurídicos, mas também da definição de seus limites. O tema é importante em face daquilo que, com certa frequência, tem ocorrido em sede tributária: algumas figuras ou mecanismos gerados com determinadas identidades, ontologicamente definidas, ao longo do tempo acabam por ter suas aplicações estendidas para além dos limites impostos por suas vocações precípua, turvando seus limites. É o que se tem, a título meramente exemplificativo:

- a. com o uso que gradativamente foi sendo dado ao lucro arbitrado, que, de hipótese residual e de exceção de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido acabou por se tornar aplicável em situações nas quais a impossibilidade de apuração pelos regimes ordinários não fica evidenciada (tornando-se, em muitos casos, quase que como uma alternativa colocada à disposição da autoridade fiscal, independentemente da demonstração da imprestabilidade da escrituração fiscal ou da evidenciação de que uma quantidade significativa de registros contábeis-fiscais desviga seu próprio conjunto);

- b. também com a presunção de omissão de receitas em face da não comprovação da origem dos depósitos bancários, que de hipótese meramente presuntiva passou a merecer tratamento que, em muitos casos, a coloca como verdadeira hipótese material de incidência tributária; e
- c. com a utilização da figura do contraditório como via justificadora da relativização da definitividade de decisões administrativas, como é o caso da possibilidade, posta pela Administração Tributária Federal no Parecer Normativo Cosit n.º 08/2014, de prolação de um novo despacho decisório destinado à denegação, por outros fundamentos, do direito creditório que o contribuinte já teve anteriormente reconhecido por decisão final do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, e isso em face do pressuposto que, com a garantia do contraditório, o contribuinte pode voltar a percorrer a fase litigiosa do contencioso administrativo para rediscutir a existência de seu direito.

Estas redefinições dos limites dessas figuras jurídicas, feitas muitas vezes em detrimento de suas naturezas específicas, corroem seus sentidos, servindo ao desvirtuamento do sistema, pela sobreposição e/ou extrapolação indevidas de prerrogativas que propiciam.

Dentro deste quadro, importa analisar este movimento de redefinição do espaço de figuras jurídicas, fazendo-o por meio da análise que em item posterior deste estudo se promoverá, da decisão da CSRF já antes referida, e por meio da qual o órgão julgador expressamente relativizou a vedação ao uso de provas ilícitas, valendo-se para isso da adoção das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente.

Antes, porém, são necessárias algumas considerações contextuais e ilustrativas destinadas à demonstração das relações do contraditório substancial com a ainda indefinida natureza dos julgamentos administrativos e com os limites de um dos princípios tradicionalmente postos como basilares no processo administrativo, o da verdade material.

### **13.3 O contraditório, a natureza do julgamento administrativo e a desmesurada ampliação da verdade material**

Para que se ilustre as considerações acerca do contraditório até aqui feitas, importa exemplificar. E uma forma de fazer isso é dando ênfase justamente àquilo que o contraditório, mesmo em sentido substancial,





não pode fazer ou validar. Com isso, ganha-se a oportunidade de advertir acerca da necessidade de que, no redesenho dos contornos de institutos jurídicos, não se incorra no erro de avançar por sobre outros institutos que sejam basilares, pilares fundantes de distintos contextos, ao ponto de torná-los ineficazes.

Em matéria de processo administrativo fiscal, é fácil exemplificar com o que ocorreu ao longo do tempo, sob os auspícios e a aquiescência dos próprios órgãos julgadores administrativos, com o chamado “princípio da verdade material”. De instrumento destinado a dar ao julgador, no momento em que lhe cabe atuar no processo, a prerrogativa de ir para além das versões acerca dos fatos alegadas pelas partes, para fins de se chegar a uma terceira versão, confirmatória ou denegatória da fundamentação de fato sobre a qual se sustenta o ato de ofício contestado, a verdade material acabou se transformando em prerrogativa das partes, passando a ser exercida ao longo de todo o curso processual, sem limites procedimentais, inclusive temporais. E de nada adiantou a legislação estabelecer o momento em que as provas poderiam ser produzidas e as exceções, compreensivelmente restritas, em que a prova produzida a destempo poderia ingressar nos autos: relativizou-se procedimento e prazos, em nome da desmesurada adoção de uma verdade material que, mesmo com tal subversão, dificilmente é alcançada.

E mais, mediante uma associação do princípio da verdade material com o conteúdo do contraditório, este baseado no que dispõe o art. 10 do novo CPC, passou-se a sustentar que, no processo administrativo fiscal, poderia o julgador introduzir novos fundamentos para eventualmente sustentar a validade de auto de lançamento de ofício deficientemente fundamentado. Ou seja, passou-se a dizer que, ainda que o auto de lançamento seja ato administrativo vinculado, para a prática do qual a autoridade administrativa é quem tem competência funcional, caberia ao julgador, com base na aplicação do contraditório e da verdade material, substituir a função dessa autoridade administrativa para, no lugar dela, dizer os fundamentos da autuação, visando a sanar os defeitos desta.

Quanto a essas questões, é necessário ressaltar o que parece estar por detrás de opções desta ordem. É que parece ainda haver, no processo administrativo, uma baixa percepção acerca de qual seja a verdadeira natureza do direito processual. Em regra, ainda prevalece a ideia de que o processo é instrumental, no sentido de que ocupa uma posição secundária diante do direito material. Processo seria, assim, algo acessório, passível de relativizações em nome do bem jurídico maior: a preservação eficiente do direito material litigado.

A instrumentalidade do processo não é isso, porém. Desde a memorável obra de Cândido Rangel Dinamarco (1996) e do conciso mas preciso livro de José Roberto dos Santos Bedaque (1995), sabe-se que o processo é instrumental no sentido de que é meio de pacificação das demandas e de realização de uma ordem jurídica justa. Ele se caracteriza, nesse contexto, como meio legítimo de produção de novas normas jurídicas, seja no que se refere às normas individuais e concretas que dão cabo aos litígios, seja no que diz respeito à formação dos precedentes, que servem à solução de outros casos concretos (MITIDIERO, 2013, p. 52).

Note-se que o exercício da jurisdição abrange a realização da atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido aos textos e aos elementos não textuais desse ordenamento (MITIDIERO, 2013, p. 52-53, 102). Ao decidirem determinado caso, as Cortes judiciais e administrativas realizam as já mencionadas escolhas interpretativas. Por meio dessas escolhas, essas Cortes definem, dentre os possíveis sentidos que poderiam ser empregados aos enunciados normativos por elas examinados, aquele que deve ser objeto de estipulação. Nas palavras de Misabel de Abreu Machado Derzi (2009, p. 266), a “*decisão judicial configura o fechamento da plurissemia da linguagem da norma legal*” e, assim, cria o Direito (p. 587). A decisão judicial e a administrativa cumprem, nesse contexto, a função de precisar o sentido do enunciado normativo interpretado diante de certo quadro fático existente.

Sendo assim, na qualidade de instrumento de produção legítima de novas normas, o processo não pode ter sua identidade mitigada e as regras jurídicas que ditam seu curso relativizadas com vistas à negação de seu protagonismo. Assim como o processo legislativo é o meio democrático e legítimo de produção de normas jurídicas abstratas, o processo judicante (aí englobados o jurisdicional e o administrativo) é igualmente o meio democrático e legítimo da produção de normas jurídicas. E ambos devem ter seu rito minimamente respeitado, sob pena de deslegitimação da atuação dos legisladores e dos julgadores, em cada uma de suas respectivas esferas.

Neste sentido, a quase sacralização do princípio da verdade material, em detrimento da ritualística processual administrativa, representou menos uma agressão ao processo administrativo, e mais uma minoração do papel do direito processual como instrumento de produção do direito. Trata-se de uma questão que se resolve, à evidência, no resgate do que seja o processo e de qual seu papel num estado democrático de direito.

O que essas considerações relativas ao adensamento excessivo do princípio da verdade material querem demonstrar é que, em face do contraditório, nem tudo pode ser feito. É necessário cuidado quanto à



ampliação atual do papel do contraditório. Tal ampliação não pode, por exemplo, desprezitar limites legais associados à própria validação de determinados atos administrativos. E o que pode ocorrer com o lançamento tributário e com o julgamento administrativo do recurso do contribuinte contra ele oposto, é digno de exemplo.

O lançamento tributário, quando efetuado de ofício, é um ato administrativo vinculado, praticado por agentes públicos especificamente designados, e destinado à constituição do crédito tributário. E é justamente esse seu caráter constitutivo que justifica a existência de normas que estabelecem o prazo em que ele pode ser efetivado (art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN) e, também, o conteúdo que ele deve ter, aí incluídos os fundamentos de fato e de direito da exigência fiscal (art. 14 do Decreto n.º 70.235/1972). Ou seja, o lançamento tributário deve conter seus motivos determinantes e, por conta disso, em tais motivos é que encontrará sustentação a partir de sua formalização.

Diante disso, uma pergunta de há muito feita, e de há muito respondida, relacionada aos problemas antes expostos, volta a ser proposta: é possível, em sede de julgamento administrativo, que o julgador mantenha o lançamento tributário, adotando fundamentos distintos daqueles adotados pela autoridade fiscal, fazendo-o a partir da ideia de que, com o contraditório substancial, é dada oportunidade ao contribuinte para contraditar de forma exauriente a nova fundamentação?

Quanto ao tema, é correto afirmar que inovações de fundamentação em sede contenciosa administrativa sempre existiram, mas foram sendo, em regra, gradativamente rechaçadas. Muito embora seja possível encontrar casos em que tenha sido dada aquiescência à possibilidade de inovação da fundamentação do lançamento no julgamento administrativo, trata-se de uma posição claramente minoritária. Cuida-se, a bem da verdade, de posição adotada por aqueles que veem a atuação judicante administrativa como uma via de controle amplo da legalidade, sem necessária vinculação a uma lide concretamente posta pela confrontação dos fundamentos do ato de ofício com as alegações apresentadas pelo contribuinte. O entendimento que predomina, porém, é o da inadmissão da inovação, sendo fartos os exemplos da jurisprudência administrativa nesse sentido, como o evidencia o seguinte Acórdão:

“ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE. A desconformidade entre o fato real e o fato descrito na norma individual e concreta (ato de lançamento) é causa de decretação da improcedência do lançamento pelo mérito, com base na teoria dos motivos determinantes. **É ilegal a manutenção do lançamento**

**fiscal por fundamento diverso daquele que foi originalmente invocado, uma vez que sendo o lançamento tributário um ato administrativo enquadrado na classe dos atos vinculados, os motivos invocados originalmente são vinculantes para a Administração.”** (Acórdão 3402003.067, de 17/05/2016) (grifou-se)

No mesmo sentido é a posição da Câmara Superior de Recursos Fiscais, mesmo que por razões diferentes, relacionadas a caso concreto de feições distintas:

“AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE MOTIVO. NULIDADE. O lançamento de ofício deve ser motivado, contendo a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que o lastreiam. **Cancela-se o auto de infração fundado em premissa falsa.** AUTO DE INFRAÇÃO. MOTIVO INEXISTENTE. VÍCIO MATERIAL. **A ausência de motivo do auto de infração configura vício material.”** (Acórdão CSRF 9303004.173, de 05/07/2016) (grifou-se)

Os exemplos são inumeráveis. Mas a questão é: esse quadro pode ser alterado? Apesar de não ser possível saber se a superveniência do contraditório em sentido substancial gerará alguma revisão nessa posição, certo é que a Secretaria da Receita Federal do Brasil já se escudou no contraditório para fins de permitir, via ato administrativo de caráter normativo (Parecer Normativo Cosit n.º 08/2014, depois complementado pelo Parecer Normativo Cosit n.º 02/2016), que um litígio resolvido em favor do contribuinte, por decisão definitiva do contencioso administrativo federal, fosse objeto da edição de um novo ato de ofício, com a modificação dos fundamentos postos no ato original.

Muito embora os referidos Pareceres Normativos não se refiram especificamente a lançamento tributário, mas a despacho decisório denegatório de direito creditório (compensação tributária), certo é que lançamento e despacho decisório são, ambos, atos de ofício. Tanto um quanto o outro trazem ônus tributários aos contribuintes e são passíveis de contestação pelo mesmo rito do Decreto n.º 70.235/1972, sendo submetidos ao julgamento por parte dos mesmos órgãos julgadores. O paralelo, portanto, não é despropositado e não pode ser desconsiderado.

Pois bem, a pretensa legalidade desse procedimento está centrada na oferta, ao contribuinte, da possibilidade de contestar o novo ato, reiniciando-se, assim, a discussão administrativa perante os tribunais administrativos. Parece óbvio que o restabelecimento do contraditório é a justificativa para a medida; afinal, se o contribuinte pode discutir a exigência reconstruída,

preservados restariam o interesse público na arrecadação do tributo e o direito de defesa do contribuinte. Assim, entretanto, não pode se proceder.

Com efeito, o contraditório não pode ser via de saneamento, em sede contenciosa, de vícios associados ao núcleo duro dos atos de ofício contestados. Referida garantia também não pode servir de meio para suprir qualquer omissão probatória das partes. O lançamento tributário deve estar sustentado, a partir de sua formalização, nos fundamentos que o justificaram e que foram exteriorizados pela autoridade fiscal. Trata-se da “autovinculação” a que faz referência Heleno Torres:

Decorrem do lançamento pelo menos duas consequências de autolimitação administrativa: a) *autovinculação imediata*, **que impede qualquer outra autoridade de pretender modificar o lançamento tributário, o que vale para sua “motivação” ou para a determinação dos fatos geradores;** e b) *autovinculação mediata*, que se aplica às autoridades julgadoras no processo administrativo quanto aos limites para a motivação vinculada no controle de legalidade material. (grifou-se)

E arremata, em outro segmento do mesmo texto, definindo que,

**As motivações e provas apuradas pela autoridade do lançamento tributário não podem sofrer mutações pelos julgadores, a converter o “processo administrativo” em procedimento de “revisão” do lançamento**, por novas argumentações ou seleção arbitrária de critérios pelas autoridades julgadoras. Deveras, o ato administrativo do lançamento tributário não tem apenas a função de aplicar a lei tributária (dever-poder), mas cumpre ainda o importante papel de dar estabilidade e segurança jurídica ao contribuinte, que passa a ter a certeza de quanto deve de tributo *e de quanto não deve*. Assim, **se o ato administrativo vinculado tem a “função de concretizar e de estabilizar as relações jurídicas entre o Estado e o cidadão particular”, como bem resume Hartmut Maurer, essa qualidade estabilizadora da relação jurídica oferece-se ao cidadão também como expectativa de confiança no próprio Estado Democrático de Direito.**<sup>148</sup> (grifou-se)

À posição do eminente doutrinador se poderia agregar muitas outras no mesmo sentido, mas isso é, aqui, desnecessário. Com a demonstração

---

<sup>148</sup> Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/consultor-tributario-autovinculacao-lancamento-tributario-controle-revisao#\\_ftnref5](https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/consultor-tributario-autovinculacao-lancamento-tributario-controle-revisao#_ftnref5)>.

dos exemplos da jurisprudência administrativa antes transcritos, resta evidenciado que o contraditório não pode ser via ou justificativa para o saneamento, em sede contenciosa, de vícios de fundamentação nos atos de ofício produzidos pela autoridade administrativa e contestados pelo contribuinte. E isso porque se estaria, se assim não fosse, a dar ao instituto processual em exame uma amplitude que ele não tem.

O contraditório serve ao aprofundamento do debate e ao exaurimento das dubiedades acerca dos fundamentos dos atos de ofício. Todavia, jamais pode servir de meio para que a Administração Tributária e os julgadores administrativos modifiquem tais fundamentos. O caráter constitutivo do lançamento tributário impõe obstáculo intransponível a isso. Nesse sentido, a antes referida modificação de fundamentos só é possível – quando possível, dado que há prazos decadenciais e determinadas vedações à modificação de critérios jurídicos por parte da Administração Tributária (art. 146 do CTN) – por via de um novo ato de lançamento. E um novo lançamento não pode ser produzido pelos órgãos julgadores, pois falta-lhes competência legal para tanto.

Não bastasse o que se disse acima com relação ao tema, é correto afirmar que, se à autoridade julgadora fosse atribuída a prerrogativa de, mesmo por vias indiretas, reabrir ações fiscais e fazer ajustes, por mínimos que fossem, na fundamentação dos atos de ofício, então restariam violadas, também, as necessárias imparcialidade e neutralidade que devem nortear a atuação judicante administrativa. Admitir isso representaria tornar inócuas várias medidas adotadas ao longo do tempo no sentido de privilegiar as referidas imparcialidade e neutralidade, em especial aquelas que trataram de separar as atividades de fiscalização e julgamento, atribuindo-as a órgãos e agentes distintos.

Igualmente comprometido restaria o direito à ampla defesa, caso se admitisse a acima mencionada intervenção, pelos órgãos julgadores, nos misteres administrativos. Isso porque, apesar da interlocução propiciada pelo contraditório em tal situação, o que se teria mesmo é o ressurgimento da já há muito expurgada *reformatio in pejus*. Na verdade, o contraditório, como via de justificação da inovação em sede contenciosa, não privilegiaria o direito de defesa. Antes disso, a menção a ele dissimularia uma agressão de maior alcance. A possibilidade de agravamento da situação inicial na oportunidade da apreciação do recurso é tida como um dos principais óbices ao exercício amplo do direito de defesa – tanto é assim que a própria Lei Geral do Processo Administrativo Federal, a Lei n.º 9.784/1999, expressamente determina que *da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção* (art. 65, parágrafo único).

Enfim, o que todas essas considerações demonstram é que, do contraditório, não se deve buscar extrair efeitos no sentido de, pelo processo, se tentar corrigir erros de fundamentação constatados nos atos administrativos cuja competência para sua prática é, privativa, da autoridade administrativa tributária.

Dito isso, importa destacar que não há apenas “coisas” que o contraditório substancial não pode fazer. Como a seguir se demonstrará, há várias outras que, aí sim, ele não apenas *pode* fazer, mas, isto sim, *deve* induzir a que se faça. O que a seguir se expõe acerca da extensão do contraditório não apenas à apuração dos fatos, mas também no que se refere à aplicação de disposições normativas, bem evidencia o dito.

### **13.4 O contraditório na construção do direito aplicável ao caso concreto**

Quanto aos fatos, sabe-se que uma coisa é o evento, e outra coisa o fato. Evento é um acontecimento que se dá no tempo e no espaço. Fato, por sua vez, é a representação desse evento por meio da linguagem, vale dizer, a versão do evento construída mediante a argumentação (PECZENIK, 2008, p, 149). Logo, a reconstituição dos “fatos” é uma atividade que deve ser mediada pelo diálogo argumentativo entre o poder público e o particular, vale dizer, deve ser mediada pela aplicação do contraditório.

Mas não é apenas com relação aos fatos que o contraditório exerce papel essencial. Note-se que também a construção do sentido a ser estabelecido quanto aos enunciados normativos exige interlocução, e isso não somente em razão da indeterminação, de hoje e de sempre, dos dispositivos legais, mas especialmente em face da necessária reacomodação do texto da lei às mudanças de sentido impostas pela velocidade, sempre maior, das mudanças na realidade cotidiana.

O texto da lei é expresso em linguagem, e a linguagem é, inexoravelmente, indeterminada. Busca-se reduzir o exegetismo propiciado por meio dessa indeterminação, por via da criação de súmulas, precedentes e outros enunciados ou entendimentos vinculantes, mas a uniformização das interpretações não expurga as dubiedades. Todos os dias a letra da lei é confrontada com dados da realidade que ela não previu ou não tinha como prever.

Tal confrontação, vale frisar, é feita por meio da atividade interpretativa, a qual envolve a prática de juízos de valoração e a tomada de certas decisões por parte do intérprete (AARNIO, 1987, p. 47; LARENZ, 1997, p. 441; PECZENIK, 2008, p. 196). Envolve decidir, de acordo com um có-



digo hermenêutico, qual dos significados alternativos e racionalmente aceitáveis é o que está mais fortemente suportado por razões relevantes, suficientes e razoáveis, construídas a partir do ordenamento jurídico (CHIASSONI, 2007, p. 80; GUASTINI, 2011, p. 27). Sendo assim, por meio da interpretação é que nascem “novas” normas jurídicas, muitas delas necessariamente resultantes de interlocução entre os atores que atuam sobre o texto legal ou sob ele.

Considerando-se, pois, que o contraditório tem a ver com o direito de influir na tomada de decisões (arts. 7.º, 9.º e 10 do CPC) e, ainda, considerando-se que a interpretação jurídica é atividade envolvida pela tomada de decisões relativamente às escolhas interpretativas, mostra-se desarrazoada a restrição do debate a questões meramente de fato. É que num contexto em que a lei, de início já vertida em linguagem de significação imprecisa, incorpora conceitos abertos e/ou indeterminados e, para além disso, se abre a teorias não positivadas ou não contextualizadas (propósito negocial, teoria da descoberta inevitável e da fonte independente etc.), é inevitável que também a interpretação do conteúdo e da extensão das disposições legais se submeta ao contraditório, compondo uma nova e legítima via exegetica. Isso porque a interpretação é uma atividade que pressupõe o diálogo argumentativo entre as partes que serão a ela submetidas.

Nesse contexto, nada parece mais descontextualizado com as redefinições normativas características do nosso tempo, do que a ideia de que existem o texto da lei, como obra isolada do legislador; os fatos, como obra das partes; e a interpretação, como obra solitária do julgador, resultante da aplicação dos vetustos brocardos *jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*. Na medida em que as questões de direito também se sujeitam às relativizações resultantes da frequentemente dissonante relação entre texto de lei e realidade posta, resta desvigorada a ideia de que o juiz conhece o direito e de que é despicienda a atuação das partes na definição do conteúdo e dos efeitos das normas jurídicas. Sim, há controvérsias passíveis de contradita não apenas na qualificação jurídica dos fatos, como também na própria qualificação jurídica dos textos normativos.

O contraditório e a conseqüente vedação às decisões surpresa devem ser combinados com a prerrogativa do juiz de identificar a disposição jurídica a ser aplicada ao caso concreto<sup>149</sup>. A atuação do juiz – e do julgador administrativo igualmente, dado que este também tem a função de indicar o direito aplicável – acaba recebendo um novo delineamento em face da reconformação do *iura novit curia*, que o compele a consultar

---

<sup>149</sup> Enunciado 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O enquadramento normativo dos fatos não é requisito da petição inicial e, uma vez existente, não vincula o órgão julgador”.

previamente as partes e a levar seriamente em conta as manifestações destas antes da aplicação do direito ao caso concreto<sup>150</sup>.

Sendo assim, essa associação entre o contraditório e a prerrogativa do juiz estabelecida pelo art. 10 do CPC indica a clara adesão do legislador à ideia de que a construção do direito também deve se dar em contraditório. Como já antes se disse, a construção do Direito no caso concreto é uma ação eminentemente dialógica, estabelecida, pelo Sistema Jurídico, como verdadeira imposição inerente à legitimação democrática da produção normativa. Nesse novo cenário, decidir pressupõe dialogar, quer dizer, pressupõe ouvir e falar com as partes, predispondo-se a permitir que as partes possam influenciar a tomada de decisão.

É fundamental, portanto, reconhecer que, para além das divergências inerentes à condição dos intérpretes e que resultam da natural indeterminação da linguagem, há aquelas que se originam da insuficiência do texto legal para contemplar situações fáticas novas, renovadas, inusitadas, imprevisas ou imprevisíveis. É nesse segundo sentido que se entende que o contraditório substancial traz novas mitigações ao *iura novit curia*.

Feitas estas considerações sobre a extensão do contraditório substancial não apenas sobre os fatos em si, mas igualmente sobre a expressão das regras jurídicas de direito probatório usadas pelos julgadores administrativos, nos itens seguintes deste artigo se tratará de abordar a forma como as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente foram adotadas pela CSRF no julgado aqui em questão.

### **13.5 Chegando ao ponto: o caso concreto à luz do contraditório substancial**

Por meio do Acórdão CSRF n.º 9303-008.694, de 12/06/2019, da CSRF ficou firmado que não serão tidas como ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas quando restar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal. O Acórdão ficou assim ementado:

---

<sup>150</sup> Enunciado 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10”.

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 30/09/2004 a 03/01/2005

ATOS PRATICADOS MEDIANTE FRAUDE. COMPROVAÇÃO. PROVAS  
OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. PRINCÍPIO DOS FRUTOS DA ÁRVORE  
ENVENENADA. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. PRINCÍPIO  
DA FONTE INDEPENDENTE. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas,  
quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma  
fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento  
aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal.”

O entendimento da CSRF está escudado em dispositivos incluídos nos parágrafos 1.º e 2.º do art. 157 do Código de Processo Penal – CPP, que admitem expressamente a possibilidade de mitigação do uso da prova ilícita, desde que demonstrado que tais provas poderiam ser obtidas por meios independentes.

A questão concreta envolvia a declaração de ilicitude, por parte do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em processo criminal, de escutas telefônicas que acabaram sendo utilizadas pela autoridade policial para ações de busca e apreensão que resultaram na obtenção de documentos depois utilizados pela fiscalização tributária federal, para a constituição de crédito tributário.

As polêmicas se estabelecem a partir da posição da CSRF de que “todos os elementos de prova que instruem o processo notadamente **poderiam ser obtidos independentemente dos mandados de busca e apreensão** que levaram à decretação da nulidade” (grifou-se). De acordo com o voto vencedor, as investigações da Receita Federal já estavam em curso antes que o Poder Judiciário autorizasse as interceptações telefônicas, o que evidenciaria que

“as provas obtidas no cumprimento dos MBAs [mandados de busca e apreensão] **haveriam de ser alcançadas** pela ação da Fiscalização Federal no curso dos procedimentos fiscais autorizados em lei, próprios, típicos e inerentes às atividades desenvolvidas pelo Órgão, uma vez que atos ilícitos já fossem de conhecimento do Fisco” (grifou-se).

Reforça sua posição o órgão julgador administrativo, com base na afirmação das prerrogativas fiscalizatórias dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, passíveis de serem exercidas independentemente de ordem judicial:



“[...] a razão maior para que o Ministério Público Federal tenha considerado as provas derivadas indissociáveis dos procedimentos preliminares adotados pelas autoridades policiais e fazendárias, decorre da circunstância de que, *‘Sem as provas conseguidas através da interceptação, não seria possível a obtenção dos mandados de busca e apreensão (...)’*. Pois aí reside a questão nodal do processo. Como a seguir restará sobejamente demonstrado, os Auditores-Fiscais da Receita Federal, no âmbito de suas prerrogativas legais, prescindem de ordem judicial para executar o procedimento de busca e apreensão nas dependências do contribuinte. De fato, é essa a conclusão inofismável a que se chega com base na simples leitura da legislação que regulamenta o exercício do cargo.

[...]”

[segue o voto, com a transcrição de disposições legais que preveem prerrogativas fiscalizatórias aos agentes fazendários]

“Como se depreende das disposições legais acima transcritas, a legislação tributária considera inaplicáveis quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito que detém a Fiscalização Federal de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

[...]”

Com isso, o que defende a tese posta no voto vencedor é que mesmo sem os resultados dos mandados de busca e apreensão, as autoridades fiscais poderiam perfeitamente diagnosticar os fatos ilícitos, caso suas investigações tivessem prosseguido com base nas referidas prerrogativas.

Não é de duvidar que a fiscalização, se tivesse — se tivesse! — continuado suas investigações, para isso se valendo das contundentes prerrogativas que a legislação lhe atribui, obteria outras provas que serviriam à comprovação das condutas ilícitas. Mas o resultado poderia ser distinto: a própria menção do voto à possibilidade de que os elementos de prova *“poderiam ser obtidos independentemente dos mandados de busca e apreensão”* e de que as provas *“haveriam de ser alcançadas pela ação da Fiscalização Federal no curso dos procedimentos fiscais”* (grifou-se), revela uma presunção de que determinados resultados seriam obtidos na esfera de procedimentos administrativos que não seguiram em frente, em face do aproveitamento das provas tidas por ilícitas por parte do STJ.

Trata-se de uma afirmação temerária do ponto de vista de sua conotação meramente presuntiva, mas mais do que isto, amplamente discutível por conta do déficit que traz para o direito de defesa do contribuinte, que

precisa se deparar com uma decisão fundamentada **não no que ocorreu e consta dos autos**, mas **no que poderia vir a ocorrer** se o procedimento de ofício tivesse seguido adiante. Trata-se, à evidência, de algo muito parecido com aquilo que Henry Kissinger, na apresentação de seu memorável tratado “Diplomacia”, menciona acerca da distinção “*entre lidar com o mundo como ele é e atuar em função de como deveria ser*” (grifou-se); a recomendação dele, por óbvio, é a adoção da primeira alternativa.

Aqui, por evidente, está presente a primeira afronta importante ao contraditório, em qualquer acepção que a ele se queira dar.

Mas há mais a destacar. Enveredando-se por uma abordagem principiológica, toma-se licença para transcrever a advertência de Lenio Luiz Streck (2019), que ao analisar o caso em questão, assim se manifestou:

O tribunal, apesar de não ter fundamentado nesse sentido, pode contra-argumentar a partir de uma interpretação principiológica do caso. Bem, se assim o for, levemos os princípios a sério. Analisemos o caso a partir do princípio da legalidade, que determina que a administração pública está, em toda a sua atividade funcional, sujeita aos mandamentos da lei. A administração, incluso o Fisco, apenas pode agir com base em norma jurídica. Se é assim, **qual o fundamento da aplicação da exceção das fontes independentes no processo administrativo fiscal? O fundamento para a não utilização de provas ilícitas está previsto no artigo 5.º, LVI, da Constituição Federal, sendo caracterizado como direito fundamental. O tribunal administrativo, então, mitiga direito fundamental sem base legal, é isso mesmo?** Parece que é esse o caso. (STRECK, Conjur, 2019) (grifou-se)

É mesmo de surpreender que as instâncias administrativas, ao mesmo tempo em que adotam com excessiva amplitude sua falta de competência para apreciar questões relacionadas com a inconstitucionalidade de atos legais (com isso desconsiderando, em muitos casos, até mesmo a “interpretação conforme a Constituição”), encontrem fundamento para afirmar a prevalência de atos de menor hierarquia em face de garantias constitucionais autoaplicáveis, postas como pilares fundamentais da nossa ordem jurídica; e isso mesmo diante da presença de uma decisão de uma Corte Superior que reenfatizou o princípio constitucional dentro do próprio caso em apreciação pela CSRF.

Há aqui uma clara evidenciação da ainda ausente falta de definição, nas normas e na atuação dos julgadores administrativos, do que é efetivamente o julgamento administrativo. Controle de legalidade em sentido amplo?

Apreciação de uma lide concretamente posta? Há pouco consenso sobre isso, com consequências que se exteriorizam em divergências importantes acerca dos limites de cognição dos órgãos julgadores administrativos, mas para o que aqui importa, tem-se presente uma vez mais uma inequívoca minoração do contraditório substancial.

A imprevisibilidade acerca da cognição do ponto de vista tanto qualitativo (insegurança associada aos aportes normativos trazidos à fundamentação das decisões — cognição em sentido horizontal) como quantitativo (profundidade da atuação judicante administrativa — cognição em sentido vertical), minora o ambiente de estabilidade que deve pautar uma relação jurídica desenvolvida em contraditório.

Mas há ainda um terceiro enfoque a considerar em relação à decisão da CSRF. Trata-se daquilo que no item 4 se abordou acerca da vocação do contraditório em sentido substancial para dirimir não apenas questões de fato, mas também questões de direito. Na medida em que a CSRF resolveu introduzir no processo administrativo teorias que lhes são estranhas, pelo menos em origem, tal medida deveria ser integralmente submetida à interlocução qualificada.

O caráter amplamente controverso da adoção das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente no processo administrativo, justifica a submissão desta opção administrativa ao crivo do contraditório, em pelo menos duas dimensões: a da eventual aplicabilidade das teorias num âmbito distanciado de seus berços originários, e a da eventual presença das circunstâncias concretas, somente passível de ser aferidas em cada caso, justificadoras da afirmação de que as descobertas seriam, mesmo, “inevitáveis”.

E isto importa, como forma de combater o equívoco da decisão administrativa em questão quando da transplantação das teorias para o processo administrativo. Em verdade, a inevitabilidade da descoberta não se refere a um juízo probabilístico acerca do que poderia vir a ser apurado, se apuração posterior houvesse, mas à presença concreta no processo de fatos já descritos e já apoiados em provas. Como bem ressaltam Igor Mauler Santiago e Conrado Almeida Corrêa Gontijo:

Afastado, em prol de uma abstrata possibilidade, o ônus de demonstração factual e casuística da efetiva probabilidade — ou, mais do que isso, da inevitabilidade pura e simples — de obtenção da prova por meios independentes, o que restará, na dicção mordaz de Lenio Streck, será o uso da lei para a lavagem de provas ilícitas, em inaceitável drible à vedação constitucional. (SANTIAGO, GONTIJO, Conjur, 2020)

A observação parece irretocável não apenas porque as teorias em questão assim foram criadas e assim são manejadas em seus espaços originários, mas também porque se teria mesmo um quadro de altíssima insegurança se o ônus da prova acerca dos fatos ensejadores de um lançamento tributário ou de qualquer outro ato de ofício de caráter constitutivo, pudesse ser mitigado no julgamento administrativo, por conta da presunção não legal de que um procedimento administrativo, se viesse a ser efetivado, provavelmente levaria à produção das provas que serviriam à validação do ato de ofício imperfeito.

Presumir que provas seriam produzidas em procedimentos de ofício que talvez sequer viessem ou pudessem ser promovidos (seja pela realidade de que a Administração Tributária fiscaliza por amostragem, seja porque o decurso do prazo decadencial já se teria esvaído), atenta frontalmente contra várias das limitações ao poder de tributar constitucionalmente postas, dentre as quais se destaca o próprio princípio da legalidade estrita. Ou o ato de ofício está devidamente conformado em todas as suas dimensões em estrita consonância com a ordem jurídica, ou então seu destino não pode ser redefinido pelo chamamento de teorias que, se utilizadas de forma descontextualizada, servem apenas ao saneamento tardio das omissões da autoridade fiscal por via da ênfase de juízos presuntivos em detrimento de garantias constitucionais.

O que fica evidente a partir deste quadro é que mesmo admitindo-se a adoção das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente no processo administrativo tributário, a aplicabilidade em cada caso concreto, demanda um teste de dupla face:

- a. primeiro, a verificação apriorística da presença de um quadro probatório complementar que, como tal, possa ser aferida como evidenciadora da inevitabilidade. Ausente qualquer princípio de prova neste sentido, a adoção das teorias deve ser desqualificada de plano, como questão de direito; e
- b. segundo, diante da presença do quadro probatório complementar, a avaliação do potencial desses elementos de prova para sustentar a versão acerca dos fatos trazida pela autoridade fiscal e que teve suas provas originárias contaminadas pela ilicitude. Aqui, demonstrada pelo primeiro teste a aplicabilidade das teorias, a avaliação das provas se conforma como a questão de fato por excelência.

Em ambos os testes, porém, o que lhes dá legitimidade e vigor processual são as suas realizações sob contraditório. Sem que o contribuinte possa se manifestar acerca dos dois planos, mitigado restará seu direito de defesa. Na medida em que a aplicação das teorias define amplamente os rumos da cognição administrativa, a falta de legitimação pelo contraditório macula a manifestação administrativa.



O que não parece ser admissível é que o contribuinte tenha de se de-  
frontar com uma decisão administrativa que afirme retoricamente que  
algo decisivo para a solução do litígio inevitavelmente **viria a ocorrer**. A  
similaridade com uma decisão sem fundamentação é inequívoca.

De tal sorte, se há espaço para as teorias da descoberta inevitável e da  
fonte independente no processo administrativo tributário (o que talvez  
leve tempo para se definir), ele só existirá a partir do uso do remédio  
redentor que é, na esfera processual, o contraditório substancial.

## Considerações finais

Diante de tudo quanto foi exposto ao longo deste artigo, reafirma-se  
aqui o caráter multidimensional do contraditório substancial, que o torna  
apto à legitimação da atividade judicante administrativa tanto no que  
se refere ao manejo das questões de fato quanto no que se relaciona às  
questões de direito.

A partir disso, igualmente evidenciado resta o entendimento de que a  
adoção das teorias da descoberta inevitável e da fonte independente, na  
forma como promovida pela CSRF no Acórdão CSRF n.º 9303-008.694, de  
12/06/2019, desrespeitou, a uma só vez, a própria natureza e os limites  
de aplicação das teorias, bem como os comandos legais e judiciais que  
definem, de forma genérica (no caso das leis) e de forma específica (no  
caso da decisão do STJ que julgou ilícitas as provas utilizadas no proce-  
dimento julgado pela CSRF), a extensão do que pode ser feito em sede de  
cognição administrativa.

Pode ser que no futuro as teorias da descoberta inevitável e da fonte  
independente venham a ser acatadas de forma genérica no processo  
administrativo tributário, mas parece isento de dúvidas, já a partir do  
que brevemente se expôs neste estudo, que se isso vier a ocorrer, uma  
calibragem tanto nos marcos legais quanto, em especial, no correto ma-  
nejo das prerrogativas embutidas nas teorias por parte das autoridades  
fiscais, se mostrará fundamental.

O que não se pode admitir é a adoção seletiva de parcelas de teorias ou  
seu uso sem a devida confrontação de seus termos originários (notada-  
mente quando vinculados a sistemas jurídicos externos), com os termos  
específicos da nossa ordem jurídica. E, neste sentido, este trabalho de ma-  
nutenção de algum controle e/ou monitoramento da regularidade destas  
transplantações de marcos normativos, fica grandemente viabilizado, como  
já se ressaltou, pelo fortalecimento do contraditório e pela possibilidade  
que ele dá de, por via da interlocução intensificada no processo, se ter  
domínio sobre a adequação da referida transplantação (plano normativo

de atuação do contraditório) e do correto uso da teoria transplantada diante de cada caso concreto (plano fático de atuação do contraditório).

## Referências

AARNIO, Aulis. **Reason and Authority**: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 53.

AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable**. Dordrecht: Kluwer, 1987, p. 47.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 80.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento/ Fredie Didier Jr. – 18. ed.** Salvador: Jus Podivm, 2016. V. I. p. 81-86.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 27.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. 2. ed. Springer, 2008, p. 149.

SANTIAGO, Igor Mauler; GONTIJO, Conrado Almeida. “Carf distorce teoria da descoberta inevitável da prova criminal”. Disponível em: <[STRECK, Lenio Luiz. \*\*A tese da fonte independente e o Carf: o que é descoberta inevitável?\*\* Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/tese-fonte-independente-carf-descoberta-inevitavel>>. Acesso em: 20/02/2022.](https://www.conjur.com.br/2020-out-21/consultor-tributario-carf-distorce-teoria-descoberta-inevitavel-prova-criminal#:~:text=Reza%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20que%20%E2%80%9Cs%C3%A3o,artigo%205%C2%BA%2C%20inciso%20LVI).>. Acesso em: 20/02/2022.</p></div><div data-bbox=)

# Gestão de resíduos orgânicos e a lei da compostagem em Florianópolis: perspectivas para uma cidade sustentável

José Rubens Morato Leite  
Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho  
Bruno Teixeira Peixoto

## Introdução

A superação da crise socioambiental que hoje assola o mundo e inclusive tem correlação com diversos problemas de saúde pública, como é o caso recente da pandemia do novo coronavírus, requer a participação do Poder Público e da coletividade para a sua superação. Desmatamento, mudanças climáticas, perda da biodiversidade, poluição por resíduos das mais diversas fontes são apenas alguns exemplos dos problemas atuais que ameaçam a qualidade de vida. E sobre a geração de resíduos a sociedade enfrenta um desafio ainda maior para que a sua gestão seja realizada de forma adequada, o que é agravado em face do paradigma de

consumo ilimitado e gerador de quantidades imensuráveis de lixo nas cidades, em especial no Brasil.

Nesse cenário, os resíduos orgânicos reclamam um olhar particular por parte do Poder Público, do setor empresarial e de todos os cidadãos, pois representam grande parte dos resíduos urbanos gerados no Brasil, tendo a particularidade de serem reciclados por meio de processos como a compostagem, em qualquer escala, desde a doméstica até a industrial. A despeito disso, muitos desses resíduos orgânicos permanecem sendo encaminhados errônea e irregularmente para os aterros sanitários, muito embora possam ser reaproveitados e reutilizados.

No município de Florianópolis, por exemplo, grandes têm sido os avanços no que se refere à coleta seletiva de resíduos, em que pese a de orgânicos especificamente ainda ser um desafio. Dentre os avanços há os Pontos de Entrega Voluntária de Resíduos Orgânicos na capital catarinense, assim como o advento da pioneira Lei municipal nº 10.501, de 08 de abril de 2019, a qual instituiu a vedação da destinação de resíduos orgânicos para aterros sanitários e estabeleceu metas de acordo com um cronograma específico, instrumentos de regulação e controle que para sua efetividade exigem detida análise e amplo debate nos campos político e jurídico municipais.

Nesse sentido, a fim de possibilitar avanços na área e tornar a cidade de Florianópolis mais sustentável do ponto de vista dos resíduos gerados, essencial observar as diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU) elaboradas através das iniciativas Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e Nova Agenda Urbana.

Com esse contexto, o presente trabalho objetiva reafirmar o desafio em busca de cidades sustentáveis na perspectiva da ONU, realçando o foco no tratamento dos resíduos orgânicos urbanos, para em seguida apresentar a perspectiva da gestão desses resíduos no âmbito do Município de Florianópolis, especialmente com a publicação da Lei municipal nº 10.501/2019.

## **14.1 Cidades sustentáveis na perspectiva da ONU e a questão dos resíduos**

Além da incontroversa crise mundial causada pelos resíduos, reconhecido problema nos ecossistemas do planeta, como no caso da sistêmica poluição por microplásticos nos oceanos, há uma crise de poluição gerada pelos impactos dos resíduos orgânicos.

Comumente conhecido como lixo, o termo mais adequado associado ao descarte de uma matéria é resíduo, porque assim retira o conceito pejorativo embutido na acepção de lixo, permitindo perceber e mesmo visualizar a

continuidade de uma atividade antrópica ao possibilitar a reinserção desta matéria descartada novamente no ciclo produtivo por meio de sua reutilização ou reciclagem (PIRES; FERRÃO, 2017, p. 9). Os resíduos orgânicos são constituídos basicamente por restos de animais ou vegetais descartados de atividades humanas. Podem ter diversas origens, como doméstica ou urbana (restos de alimentos e podas), agrícola ou industrial (resíduos de agroindústria alimentícia, indústria madeireira, frigoríficos), de saneamento básico (lodos de estações de tratamento de esgotos), entre outras (MMA, 2020).

Em sua maioria, resíduos orgânicos são materiais que, em ambientes naturais equilibrados, podem se degradar espontaneamente e reciclar os nutrientes nos processos da natureza. No entanto, quando derivados de atividades humanas em área urbana, constituem-se em um sério problema ambiental, pelo grande volume gerado e pelos locais inadequados em que são armazenados ou dispostos. A disposição inadequada de resíduos orgânicos gera chorume, emissão de metano e favorece a proliferação de vetores de doenças (MMA, 2020).

Segundo a ONU, o descarte irregular de resíduos orgânicos é estrutural, há um paradigma insustentável em curso, hegemônico e internalizado na insustentabilidade da produção e consumo no mundo, conforme o Panorama de Gestão de Resíduos na América Latina e no Caribe, publicado em 2019. No documento, um habitante das principais metrópoles latinas por dia gera 1kg de resíduos em média, sendo que 40 milhões de pessoas latinas não têm acesso à coleta de resíduos, e ainda considerando que mais de 50% dos resíduos por eles gerados são orgânicos, os mais gerados na América Latina e os menos geridos (ONU, 2019).

Desse modo, imperativa é a adoção de métodos adequados de gestão e tratamento destes grandes volumes de resíduos, para que a matéria orgânica presente seja estabilizada e possa cumprir seu papel natural de fertilizar os solos ao invés de causar poluição (ONU, 2019). A gestão integral de resíduos, portanto, requer modelos de governança coerentes e efetivos, diretrizes amplas para níveis globais, regionais e locais, com destaque para as cidades.

Com uma função primordial em face desta crise, o documento chamado “Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, adotado na Assembleia Geral da ONU de 2015, é um guia para as ações da comunidade internacional nos próximos anos. Consiste em um plano de ação para todas as pessoas e o planeta que foi criado coletivamente para colocar o mundo em um caminho mais sustentável e resiliente até 2030.

Conforme a referida Agenda 2030 Global, há definida uma estrutura de resultados – os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e suas 169 metas –, uma seção sobre meios de implementação e parcerias

globais, bem como um roteiro para acompanhamento e revisão. Os ODS são o cerne da Agenda e devem ser alcançados até o ano 2030.

Um dos objetivos da Agenda 2030 é o ODS 11 – Cidades e Comunidades Sustentáveis. A ideia é tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Entre as metas do ODS 11 da Agenda 2030 encontra-se a meta 11.6 que consiste em: “Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros” (PNUD, 2016).

Recorde-se que o objetivo 11 da Agenda 2030 está alinhado com a Nova Agenda Urbana, acordada em outubro de 2016, durante a III Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável. De acordo com o referido documento, até 2050, espera-se que a população urbana quase duplique, fazendo da urbanização uma das tendências mais transformadoras do século XXI. Dessa forma, serão enormes os desafios para a sustentabilidade em termos de habitação, infraestrutura, serviços básicos, segurança alimentar, saúde, educação, segurança e recursos naturais, entre outros (ONU, 2016, p. 3).

A toda evidência, percebe-se que os documentos internacionais são claros quanto à importância de redução da produção de resíduos, bem como da reutilização e da reciclagem a fim de se possibilitar que a sociedade possa imitar a natureza, conforme a máxima do químico Antoine Lavoisier de que na natureza nada se perde, tudo se transforma.

Por tudo isso, a gestão dos resíduos municipais confirma-se como um grande desafio para as cidades. Em Florianópolis grandes esforços seguem necessários para cumprir com todos compromissos socioambientais, sobretudo diante da gravidade da questão dos resíduos orgânicos no Brasil, pois representam quase metade dos resíduos urbanos (MMA, 2018).

Dadas essas premissas acerca do panorama ligado aos desafios para a regulação e o controle dos impactos dos resíduos em centros urbanos, no próximo item será analisado o histórico da gestão dos resíduos na cidade de Florianópolis e, em seguida, o cenário no que se refere à regulação e ao controle dos resíduos orgânicos em específico.

## **14.2 Histórico da gestão dos resíduos em Florianópolis e cenário atual**

Segundo números do IBGE, o município de Florianópolis possui uma população de 500.973 habitantes, além de apresentar 87,8% de domicílios com esgotamento sanitário adequado, contar com 32% de domicílios urbanos em vias públicas com arborização e 54,4% de domicílios urbanos



em vias públicas com urbanização adequada (presença de bueiro, calçada, pavimentação e meio-fio) e, em virtude de seus atrativos naturais e paisagísticos, sua população cresce em média 2,5% a cada ano (IBGE, 2019). No que se refere especificamente aos resíduos, apesar da necessidade de se avançar no cumprimento dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010), é possível afirmar que já existem grandes avanços em relação à gestão dos resíduos na capital catarinense, sobretudo com a história da gestão de resíduos na cidade (COMCAP, 2018, p. 3).

Como primeiros registros, no ano de 1830 foi aprovada lei no município determinando que o resíduo urbano fosse lançado nos rios e no mar, para evitar que detritos se acumulassem nas ruas e terrenos. O serviço de remoção de lixo, por sua vez, iniciou-se apenas em 1877 e era executado por particulares com carroções puxados a burro. O destino final eram as praias da Baía Norte, onde se faziam os despejos (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 69).

Mais adiante, em 1914, para acabar com o acúmulo de lixo nas praias foi construído próximo à Ponte Hercílio Luz o forno do lixo, que funcionou durante quase meio século queimando os resíduos da capital catarinense (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 70).

Em virtude do aumento da população e da produção de resíduos, no ano de 1958 criou-se o “lixão” da cidade. Os resíduos sólidos passaram a ser dispostos no manguezal do bairro do Itacorubi, em uma área de aproximadamente 12 hectares, o que ocorreu por mais de 30 anos, acarretando sérios problemas de saúde pública e de degradação do mangue. Graças à pressão popular, o referido lixão foi desativado no ano de 1990 (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 70). Lembre-se aqui que a Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, em seu art. 4º, inc. VII, considera os manguezais em toda a sua extensão como Área de Preservação Permanente (APP) (BRASIL, 2012).

Na área do antigo “lixão” do Itacorubi, iniciou-se a partir do ano 2000 o projeto de recuperação e organização paisagística, local onde hoje funciona o Centro de Transferência de Resíduos Sólidos (CTReS), com Estação de Transbordo da Companhia de Melhoramentos da Capital - Comcap, bem como os centros de triagem das associações de catadores, além do espaço de educação ambiental com o Museu do Lixo (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 70).

Durante as discussões para acabar com o “lixão” do bairro do Itacorubi, implementou-se, no ano de 1986, o Programa Beija-flor, embrião do sistema de coleta seletiva em funcionamento atualmente no município. Florianópolis foi a primeira cidade no Brasil a implantar a coleta seletiva, e

o Programa Beija-flor serviu como fonte de inspiração para outros projetos no País. O objetivo era tratar o lixo domiciliar dentro das comunidades que o produziam, incentivando a coleta seletiva e o seguinte destino ao lixo: o material reciclável seco era comercializado, o material orgânico era tratado através da compostagem (para que o adubo resultante fosse utilizado em hortas comunitárias) e os rejeitos eram encaminhados ao ponto de coleta convencional mais próximo (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 71).

Registre-se que em Florianópolis, desde a década de 1970, o serviço de limpeza urbana é realizado por uma empresa de economia mista municipal, a Companhia Melhoramentos da Capital (Comcap), cuja acionista majoritária é a Prefeitura municipal de Florianópolis (COMCAP; FLORAM, 2009, p. 71).

A coleta domiciliar de resíduos sólidos urbanos é universal, atendendo a 100% da cidade de Florianópolis. A cidade tem coleta seletiva há mais de 30 anos, é pioneira no Brasil na coleta de recicláveis de porta em porta, e consegue desviar hoje em torno de 7% do total de resíduos recolhidos (COMCAP, 2018, p. 4). Por dados mais recentes, o total de resíduos movimentados pela Comcap em 2019 foi de 212.303 toneladas. Desse total, entretanto, somente 7,15% foram desviados do aterro sanitário por meio da coleta seletiva, da coleta de resíduos volumosos ou da entrega voluntária nos ecopontos e PEVs da Comcap e encaminhados para reaproveitamento ou reciclagem (FLORIANÓPOLIS, 2019a).

A Prefeitura de Florianópolis doa toda a produção da coleta seletiva da Comcap a três associações de catadores da Capital e sete da Grande Florianópolis, proporcionando renda para 200 pessoas. O material separado pela população de Florianópolis para a coleta seletiva da Comcap permite ganhos em torno de R\$ 4,5 milhões ao ano, entre a economia com aterramento e a receita gerada com a comercialização dos recicláveis pelas associações. A produção média mensal de resíduos em Florianópolis durante a temporada aumenta em média 21%, mas se comparar janeiro com julho, o acréscimo do turismo é de 50% (FLORIANÓPOLIS, 2019b).

Cumprindo ainda destacar que o resíduo recolhido pela limpeza pública passa pela Estação de Transbordo da Comcap, no CTReS, localizado no bairro Itacorubi, e o que não é reciclado ou reaproveitado segue para o aterro sanitário no município de Biguaçu, a 40 quilômetros de distância, de propriedade de uma empresa privada (FLORIANÓPOLIS, 2019b).

Mais recentemente, editou-se o Decreto municipal nº 18.646, em 04 de junho de 2018, que instituiu o Programa Florianópolis Capital Lixo Zero. De acordo com o § 1º, do art. 1º do referido decreto, o programa é um conjunto de projetos, ações, atividades e técnicas, métodos e inovações que objetivam incentivar a sociedade civil, a iniciativa privada e o poder

público a não produção ou redução da geração e/ou ainda, a valorização dos resíduos sólidos urbanos (RSU) e sua reintrodução na cadeia produtiva (FLORIANÓPOLIS, 2018).

O art. 3º do Decreto traz como metas do Programa Florianópolis Capital Lixo Zero alcançar o desvio de resíduos enviados ao aterro sanitário, conforme estabelecido no PMGIRS, a saber: até o ano de 2030, de 60% (sessenta por cento) de resíduos secos e de 90% (noventa por cento) dos resíduos orgânicos. Hoje, a Comcap já realiza 56% da meta de desvio de recicláveis secos e 19% da meta para resíduos orgânicos. Mas a meta é da cidade e não apenas do Poder Público, por isso devem ser acrescidas aos indicadores as quantidades desviadas em iniciativas comunitárias, particulares e de organizações. Esse sistema de informações integradas está em desenvolvimento pela Prefeitura (FLORIANÓPOLIS, 2019b).

Trata-se de metas ambiciosas e que precisam da atuação do Poder Público com participação do cidadão atento à separação dos resíduos orgânicos em suas casas contribuindo com responsabilidade compartilhada. No próximo item será examinado o cenário atual dos resíduos orgânicos na cidade de Florianópolis e metas de gestão desse tipo de resíduo.

### **14.3 Perspectivas da gestão de resíduos orgânicos em Florianópolis com a lei municipal de compostagem**

Do ponto de vista histórico, com o crescimento das vilas e cidades, grande parte da população foi deixando de plantar e, dessa forma, não encontrava mais utilidade para aplicar o composto decorrente da reciclagem dos resíduos orgânicos no seu novo estilo de vida. Assim, o reaproveitamento dos resíduos orgânicos foi perdendo importância, passando a serem descartados misturados aos resíduos inorgânicos. Dessa forma, os resíduos orgânicos, que antes eram uma solução para a produção de alimentos gerada no quintal das casas, tornaram-se um problema pela grande quantidade gerada e pela disposição inadequada, lembrando que ao se decompor em um ambiente inapropriado, contaminando a água e o solo (MMA, 2018, p. 12).

Na cidade de Florianópolis, a Comcap possui atualmente 4 pátios de compostagem localizados respectivamente: a) no sul da ilha, no interior da Base Operacional Sul, na Rua Francisco José Vieira, nº 198, no Morro das Pedras; b) no norte da ilha, na denominada Base Operacional Norte da Comcap, localizada na Rua Vasco de Oliveira Gondin, s.n., em Canasvieiras;

c) no Centro de Valorização de Resíduos (CRV) da Comcap localizado na Rodovia Admar Gonzaga, 72, em frente ao Cemitério do Itacorubi; d) no Jardim Botânico localizado no Itacorubi (SILVA, 2017, p. 11).

No que se refere ao pátio de compostagem do CRV, a Comcap, em convênio com a Associação Orgânica e em parceria com a UFSC, realiza a compostagem de resíduos orgânicos em um pátio de 4 mil m<sup>2</sup> neste centro. No convênio, a Associação Orgânica é responsável pela coleta de resíduos sólidos orgânicos em locais específicos, como restaurantes, hospitais e Assembleia Legislativa; encaminha-os para o pátio de compostagem da Comcap no CTReS (SILVA, 2017, p. 11).

A COMCAP, por sua vez, realiza a remoção da vegetação urbana e recebe resíduos de podas provenientes de serviços públicos e privados realizados no município, que são trituradas e utilizadas nas leiras de compostagem, assim como os capins e restos de grama. A Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), através do Departamento de Engenharia Rural e seu Núcleo de Processamento de Resíduos, mantém um projeto de pesquisa registrado em parceria com a Comcap e Associação Orgânica para acompanhar a operação do pátio de compostagem da Comcap. Com tal configuração são reciclados em torno de 01 tonelada de resíduos de alimentos e 02 de resíduos vegetais por dia, ou 60 toneladas por mês. Além da produção do composto, o pátio de compostagem é utilizado pela educação ambiental da Comcap no roteiro de visita que realizam no CVR, recebendo em média 6.000 alunos e grupos por ano (SILVA, 2017, p. 11).

Para além dos pátios da Comcap, há também o Projeto Família Casca que é uma parceria entre a FLORAM, Associação Orgânica e UFSC, com apoio da Comcap, desenvolvido no Parque Ecológico do Córrego Grande. Conta com um Ponto de Entrega Voluntária para receber resíduos orgânicos trazidos pela população e um pequeno pátio de compostagem. O projeto realiza ações de sensibilização com a comunidade, escolas e grupos interessados. Entre os benefícios do Projeto Família Casca está a redução da quantidade de resíduos sólidos enviados ao aterro sanitário, a produção de adubo através do processo de compostagem e a doação aos participantes que têm interesse. Atualmente o Projeto recebe aproximadamente 100 kg de resíduos orgânicos por dia ou cerca de três toneladas mensais. O pátio de compostagem está inserido no roteiro de educação ambiental da FLORAM e em 2014 foi visitado por 443 turmas escolares (cerca de 13.000 alunos) e grupos interessados (SILVA, 2017, p. 11).

Para além dessas iniciativas, em 2012 o SESC incorporou entre seus princípios a educação ambiental como atividade prática. Assim, com assessoria do CEPAGRO, pátios de compostagem institucional em três unidades do estado: Florianópolis, Blumenau e Lages. Em Florianópolis,

no SESC Cacupé, é reciclada em média 01 tonelada por dia, ou cerca de 30 toneladas por mês de resíduos sólidos orgânicos provenientes das unidades do Estreito e Prainha, bem como da própria unidade Cacupé que dispõe de hotel e restaurante. Todos os resíduos de podas de árvores e de roçadas destas unidades também são utilizados na compostagem (SILVA, 2017, p. 12).

Com relação à gestão comunitária dos resíduos orgânicos, o Projeto Revolução dos Baldinhos do bairro de Monte Cristo, localizado em Florianópolis, não pode deixar de ser mencionado, em virtude de seu potencial transformador, já que surgiu em outubro de 2008, a partir de mobilização comunitária no bairro em comento, com o objetivo de resolver a incidência de ratos e casos de leptospirose. A solução adotada à época foi retirar o alimento dos ratos, pois o resíduo disposto nas ruas pelos moradores era revirado por animais e ao ficar exposto atraía roedores e outros vetores, focos de doenças. A medida envolveu a sensibilização dos moradores, que pela educação ambiental passaram a separar os resíduos orgânicos e depositar em recipientes fechados — “os baldinhos” (SILVA, 2017, p. 12).

Os resíduos orgânicos separados nas casas são destinados aos pontos de entrega voluntária (PEV's) distribuídos nas ruas da comunidade, coletados periodicamente e encaminhados para o pátio de compostagem. Os resultados positivos alcançados, especialmente quanto às melhorias em saneamento ambiental e saúde local, levaram a comunidade a denominar este projeto de Revolução dos Baldinhos (SILVA, 2017, p. 12). O Projeto virou modelo de gestão comunitária de Resíduos Orgânicos e Agricultura Urbana e em 2013 foi reconhecido pela Fundação Banco do Brasil como Tecnologia Social (TS) modelo para o país, pelo seu poder de replicabilidade em diferentes realidades. Já foi disseminado no SESC em Florianópolis, Blumenau e Lages, e vem sendo objeto de interesse de prefeituras como Garopaba/SC, Joinville/SC e São Paulo/SP (SILVA, 2017, p. 12).

Os resíduos orgânicos são transformados em adubo orgânico a partir do processo de compostagem, pelo “método UFSC”. Parte do composto é distribuído gratuitamente às famílias e instituições participantes do Projeto Revolução dos Baldinhos (PRB), que o utilizam nas hortas caseiras e hortas escolares, promovendo hábitos saudáveis de alimentação e promovendo a segurança alimentar da comunidade. O restante é comercializado para uso doméstico e jardinagem amadora, buscando autonomia financeira do grupo (SILVA, 2017, p. 12).

O modelo descentralizado de gestão comunitária de resíduos orgânicos do PRB promove o envolvimento dos moradores da comunidade, com destaque para sua juventude, sensibiliza as famílias e instituições, gera renda, reduz custos de coleta e disposição final de resíduos sólidos,

trazendo benefícios às comunidades. Através da atuação do PRB, a fração orgânica dos resíduos sólidos gerados pelos participantes do projeto deixa de ser enviada ao aterro sanitário, em um modelo adequado à Lei Federal nº 12.305/2010 (SILVA, 2017, p. 12).

Para além dos Pátios de Compostagem da Comcap com os respectivos Pontos de Entrega Voluntária de Orgânicos, da gestão realizada pelo Projeto Família Casca no Parque Ecológico do Córrego Grande e da compostagem realizada pela comunidade do Monte Cristo, existem outras iniciativas comunitárias na cidade. De acordo com a Comcap, hoje Florianópolis já conta com milhares de iniciativas domiciliares de recuperação dos orgânicos na fonte, com minhocários ou outros métodos, e pelo menos 30 pátios de compostagem e pontos de entrega de orgânicos institucionais e privados (FLORIANÓPOLIS, 2019c).

Mais recentemente, a Prefeitura de Florianópolis, por meio da Comcap, lançou em seminário no Jardim Botânico o projeto Ampliação e Fortalecimento da Valorização de Resíduos Orgânicos no Município de Florianópolis, segundo colocado nacional em edital do Fundo Nacional de Meio Ambiente e viabilizado por acordo de cooperação financeira com o Fundo Socioambiental Caixa (FLORIANÓPOLIS, 2019c). Com o projeto, a Prefeitura de Florianópolis implantará projeto piloto de coleta de resíduos orgânicos ponto a ponto. Entre as ações previstas no projeto, cite-se: a) Implantação de coleta seletiva de orgânicos ponto a ponto. Serão instalados pontos de entrega voluntária de orgânicos em centros de saúde, escolas da rede municipal e outros pontos estratégicos; b) Implantação de dois novos pátios pela Floram; c) Fortalecimento das duas iniciativas de compostagem comunitária já existentes Revolução dos Baldinhos e Horta Pedagógica do Pacuca; d) Implantação de cinco novos pátios com gestão comunitária (FLORIANÓPOLIS, 2019c).

Dentro dessa lógica, a grande novidade iniciada em 2020 é a coleta de resíduos recicláveis verdes que são resíduos de quintal e jardim separados na origem. São exemplos de resíduos verdes: grama, capim, folhas, flores, cascas de árvore com ou sem folhas, os quais serão utilizados na cobertura das leiras de compostagem. Dessa forma, galhos e troncos serão triturados, transformados em cepilho, para uso em pátios de compostagem, no paisagismo de áreas públicas e na cobertura de hortas e jardins (FLORIANÓPOLIS, 2020).

Para além dessa medida, há que se mencionar a importante edição da Lei municipal nº 10.501/2019 e a obrigatoriedade da compostagem no município de Florianópolis. Com repercussões positivas sentidas no Brasil inteiro (PORTALG1, 2019), a Câmara de Vereadores do município de Florianópolis, em 08 de abril de 2019, promulgou a Lei Ordinária nº



10.501, regulamentando a obrigatoriedade da destinação ambientalmente adequada de resíduos sólidos orgânicos por meio de processos de reciclagem e compostagem, além de firmar compromisso legal com os incentivos à compostagem doméstica, comunitária e com a viabilização de sistemas de coleta domiciliar (FLORIANÓPOLIS, 2019d).

Além disso, com a nova lei proíbe-se a destinação dos resíduos orgânicos aos aterros sanitários e às incinerações. Aludida lei municipal não possui norma semelhante no Brasil. Regulamentando a citada lei, publicou-se o Decreto municipal nº 20.645/2019. Trata-se de inovador instrumento normativo ambiental, capaz de estabelecer novo contexto para a gestão de resíduos sólidos orgânicos, sobretudo acerca dos sujeitos passivos da regra da lei.

Conforme o parágrafo único do art. 1º da lei, estão sujeitas à observância desta Lei as pessoas jurídicas, de direito público ou privado responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, em especial o art. 4º, que prevê a vedação de destinação aos aterros sanitários a que se refere o caput do art. 2º desta Lei, [vedação que] deverá ser aplicada para pessoas jurídicas de direito público, pessoas jurídicas de direito privado e condomínios residenciais ou comerciais (FLORIANÓPOLIS, 2019d).

Dessa forma, a lei de Florianópolis delimita o progresso quantitativo de destinação de resíduos orgânicos com a lei municipal, desde a meta obrigatória de 50% de resíduos orgânicos a serem destinados à compostagem até 05 de junho de 2021, até 100% na mesma data no ano de 2030. Como exemplo de atuação do Poder Público Municipal de Florianópolis em favor da articulação sistêmica para a implantação efetiva do destino ambiental adequado do resíduo orgânico, o art. 5º da referida lei prevê que o Poder Executivo poderá destinar áreas de sua propriedade em todas as regiões para realização de compostagem que atendam as especificações técnicas (FLORIANÓPOLIS, 2019d), reforçando inclusive a função socioambiental da propriedade pública, concretizando o previsto no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de que toda a propriedade atenderá a sua função social; e do art. 170, III, de que a ordem econômica brasileira observará a função social da propriedade (BRASIL, 1988).

Não se pode olvidar que, segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, deveres ambientalmente atendidos na propriedade concretizam o princípio da função ecológica da propriedade e da posse, vinculando inúmeros deveres de proteção ambiental ao exercício e fruição do direito pelo seu titular; de modo a alcançar, com o uso e destinação da propriedade, pública ou privada, fins sociais e ambientais de titularidade difusa e transgeracional (FENSTERSEIFER; SARLET, 2014, p. 109).



Nesse mesmo viés, pelo § 1º do art. 5º, a lei florianopolitana dispõe que deverão ser priorizadas, na implementação das determinações desta Lei, as iniciativas comunitárias, coletivas ou de cooperativas de catadores, o que implica cogitar a concretização do princípio da participação e cooperação ambientais, ensejadores de um Direito Ambiental que faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira (MACHADO, 2017, p. 128).

Com efeito, a referida Lei nº 10.501, de 2019, de Florianópolis ainda estipula, em seu art. 7º, incisos IV e VI, respectivamente, estimular as iniciativas comunitárias e de cooperativas na gestão dos resíduos sólidos orgânicos e incentivar a compostagem doméstica e viabilizar sistemas de coleta domiciliar dos resíduos sólidos orgânicos, preferencialmente por meio da gestão comunitária (FLORIANÓPOLIS, 2019d).

Deve-se louvar tais objetivos estampados pela norma municipal, pois, sem prejuízo das ações cooperativas e comunitárias, torna disposição legal o incentivo à compostagem doméstica e designa estruturação ao Município o sistema de coleta em domicílio dos resíduos sólidos orgânicos, possibilitando a participação dos cidadãos acerca de suas responsabilidades individuais, diárias, que dizem respeito ao impacto na cidadania ambiental e na responsabilidade compartilhada.

Com todas as perspectivas levantadas até aqui, assim como pela constatação da evolução histórica do engajamento e atuação da comunidade de Florianópolis, o horizonte por uma cidade mais sustentável passa a estar mais próximo da realidade social e ambiental da capital catarinense, especialmente diante de um novo contexto regulatório com a Lei de compostagem, instrumento que deve ser efetivado pelo Poder Público e pela sociedade.

## **Considerações finais**

O conjunto de desafios socioambientais que se agravam atualmente na sociedade e que condicionam o caminho a um desenvolvimento sustentável cada vez mais exigem avançados instrumentos de regulação e controle em relação aos impactos causados ao meio ambiente, especialmente nos grandes centros urbanos e, sobretudo, quanto à geração de resíduos.

Diante disso, o presente trabalho destacou as perspectivas exaltadas pelos documentos e estudos da ONU, como pela Agenda 2030 Global e Nova Agenda Urbana, que exigem prioridade do Poder Público e da sociedade à gestão e controle de resíduos sólidos urbanos.

Nesse sentido, abordou-se o contexto histórico e atual da gestão de resíduos sólidos no município de Florianópolis, desde as primeiras iniciativas até o presente cenário de atuação. A participação ativa da sociedade e do Poder Público de Florianópolis mostrou-se crucial para que avanços fossem atingidos no controle da destinação adequada dos resíduos, com destaque para os resíduos sólidos orgânicos, que são, como visto, grande parte da geração de resíduos causada nos centros urbanos no Brasil e em diversos países latinos.

Como exemplo de avanço no tema, tratou-se a respeito da pioneira Lei municipal nº 10.501, de abril de 2019, que instituiu uma política pública para compostagem, impulsionando uma gestão de resíduos sólidos orgânicos em Florianópolis e materializando iniciativa que corrobora todo um antigo movimento de reciclagem e conscientização na cidade, com o exercício da Comcap e demais iniciativas historicamente levadas a cabo na capital catarinense.

Evidencia-se, portanto, uma guinada para um caminho rumo a uma cidade mais sustentável a partir da edição da referida norma, a qual deve ser devidamente publicizada e fiscalizada para se tornar efetiva. Assim como todas as iniciativas do município, a Lei municipal nº 10.501/2019 tem o fundamental papel de fomentar e estabelecer novos padrões de produção, consumo e destinação de resíduos sólidos orgânicos, legislação que se soma à atuação da UFSC, da sociedade civil, da Floram e, sobretudo, da Comcap neste trabalho coletivo e transgeracional fundamental para a superação da crise socioambiental vivida.

## Referências

BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL, Presidência da República. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2020.

COMPANHIA DE MELHORAMENTOS DA CAPITAL – COMCAP; FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE DE FLORIANÓPOLIS - FLORAM. Con-

siderando mais o lixo. BALDISSARELLI, Adriana (org.). et al. 2. ed. rev. e ampl. – Florianópolis: Copiart, 2009.

COMPANHIA DE MELHORAMENTOS DA CAPITAL – COMCAP. Minhoca na cabeça. Março. Florianópolis, 2018. Disponível em: <[http://www.pmf.sc.gov.br/sistemas/MinhocaCabeca/pdf/Tutorial\\_Minhoca\\_na\\_Cabeca.pdf](http://www.pmf.sc.gov.br/sistemas/MinhocaCabeca/pdf/Tutorial_Minhoca_na_Cabeca.pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2020.

FLORIANÓPOLIS. Câmara de Vereadores de Florianópolis. Lei nº 10.501, de 08 de abril de 2019. Florianópolis, 2019d. Disponível em: <[http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/diario/pdf/08\\_04\\_2019\\_18.41.56.7f9a-272c53b196b1195c35f544092ffd.pdf](http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/diario/pdf/08_04_2019_18.41.56.7f9a-272c53b196b1195c35f544092ffd.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FLORIANÓPOLIS. Decreto nº 18.646, de 4 de junho de 2018. Institui o Programa Florianópolis Capital Lixo Zero, o Grupo de Governança e dá outras providências. Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://leis-municipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/decreto/2018/1864/18646/decreto-n-18646-2018-institui-o-programa-florianopolis-capital-lixo-zero-o-grupo-de-governanca-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FLORIANÓPOLIS, Prefeitura Municipal de Florianópolis. Ebook coleta seletiva de verdes por bairros de Florianópolis. Florianópolis, 2020. Disponível em: <[http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/07\\_06\\_2020\\_12.51.37.18e2576b4d4b1dae2fd5ad9db36d69e9.pdf](http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/07_06_2020_12.51.37.18e2576b4d4b1dae2fd5ad9db36d69e9.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2020.

FLORIANÓPOLIS, Prefeitura Municipal de Florianópolis. Indicadores da geração de resíduos. 2019b. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/sistemas/comcap/indicadores.php>>. Acesso em: 24 set. 2019.

FLORIANÓPOLIS, Prefeitura Municipal de Florianópolis. Movimentação de resíduos em 2019. 2019a. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/entidades/comcap/index.php?cms=valorizacao+de+residuos+solidos&menu=5&submenuid=1414>>. Acesso em: 24 set. 2019.

FLORIANÓPOLIS, Prefeitura Municipal de Florianópolis. Prefeitura lança coleta seletiva de orgânicos por pontos. Projeto piloto será implantado com colaboração comunitária e recursos federais. Florianópolis, 2019c. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/entidades/comcap/index.php?pagina=notpagina&menu=&noti=19697>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Florianópolis. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/florianopolis/panorama>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Compostagem doméstica, comunitária e institucional de resíduos orgânicos: manual de orientação [recurso eletrônico] / Ministério do Meio Ambiente, Centro de Estudos e Promoção da Agricultura de Grupo, Serviço Social do Comércio/SC. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em: < [https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80058/Compostagem\\_Manual\\_2018\\_11\\_26\\_digital\\_figuras\\_c\\_titulo.pdf](https://www.mma.gov.br/images/arquivo/80058/Compostagem_Manual_2018_11_26_digital_figuras_c_titulo.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2020.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Gestão de Resíduos Orgânicos. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/gest%C3%A3o-de-res%C3%ADduos-org%C3%A2nicos.html#o-que-sao-residuos-organicos>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. A Nova Agenda Urbana. 2016. Disponível em: <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>>. Disponível em: 20 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Panorama de Gestão de Resíduos na América Latina e no Caribe. 2019. Disponível em: <[https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2019/02/UN\\_Gestao-de-residuos-RPTD.pdf](https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2019/02/UN_Gestao-de-residuos-RPTD.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2020.

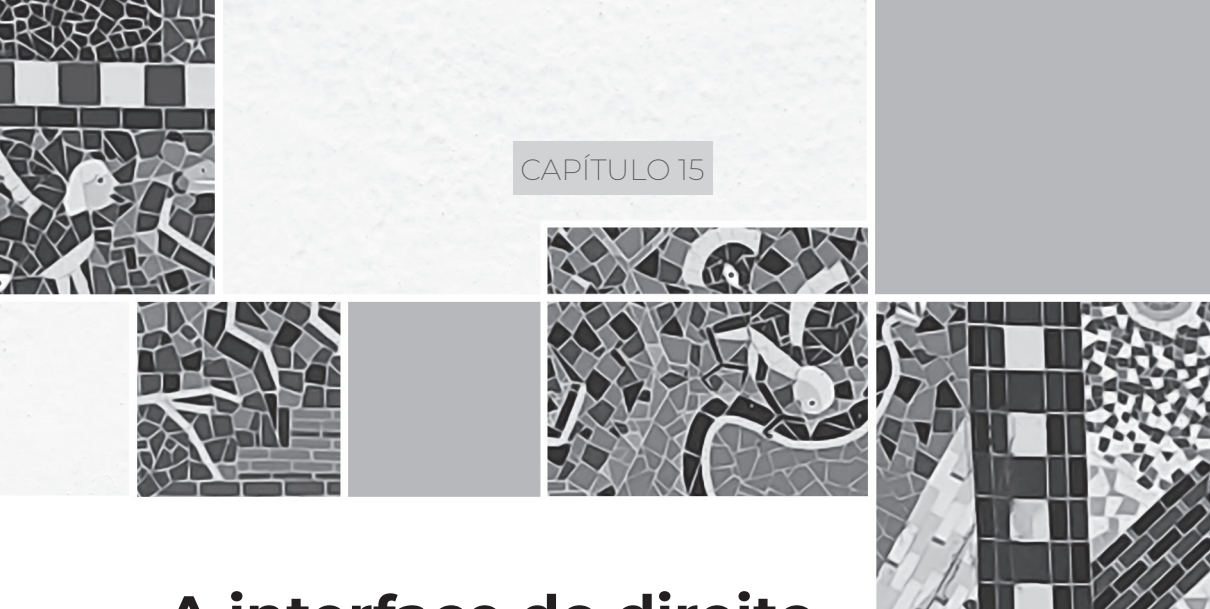
PIRES, I. C. G.; FERRÃO, G. E. Compostagem no Brasil sob a perspectiva da legislação ambiental. **Revista Trópica – Ciências Agrárias e Biológicas**. p.01-18, v.09, n.01, 2017.

PORTALG1. Florianópolis sanciona lei que obriga estabelecimentos a separarem lixo orgânico para compostagem. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/04/11/florianopolis-sanciona-lei-que-obriga-estabelecimentos-a-separarem-lixo-organico-para-compostagem.ghtml>>. Acesso em: 11 jun. 2020.



PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Plataforma Agenda 2030. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2016. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/11/>>. Disponível em: 23 ago. 2019.

SILVA, Berenice Martins da, et. al. Critérios Técnicos para elaboração de Projeto, Operação e Monitoramento de Pátios de Compostagem de Pequeno Porte. Jun., Florianópolis, 2017. Disponível em: <<http://www.fapesc.sc.gov.br/boletim-tecnico-apresenta-propostas-de-reciclagem-organica/>>. Acesso em: 11 jun. 2020.



# A interface do direito e da psicologia nas relações de parentalidade: reflexões acerca da necessidade do exercício dialógico das funções parentais

*Dóris Ghilardi  
Mariana Demetruk Marchioro*

## Introdução

O modo como os pais se comportam e como se desenvolvem as relações de coparentalidade e parentalidade podem afetar significativamente os filhos, podendo, inclusive, configurar abusos e violações dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Nesse ponto, o Direito e a Psicologia se encontram. É na zona de confluência dos saberes que se pode identificar violações de direitos, mas também e, principalmente, encontrar soluções para o exercício da pa-

rentalidade com foco no bem-estar e no desenvolvimento saudável da personalidade das crianças e adolescentes.

Desse modo, o presente estudo pretende instigar as reflexões acerca das mudanças do exercício da parentalidade, já alteradas na lei, mas que ainda carecem de avanços práticos. Configurado no Código Civil de 1916 como um poder hierárquico e adultocentrista, centrado na figura paterna (*pátrio poder*), o poder familiar hoje é moldado como uma autoridade a ser exercida de maneira dialógica, focada nos interesses da criança e do adolescente.

Com efeito, por meio da intersecção entre o Direito e a Psicologia é possível identificar fragilidades nos comportamentos parentais passíveis de configurar violações ou abusos de direitos e também prospectar medidas de conscientização, prevenção e minimização dessas ameaças e violações.

Sem qualquer pretensão de esgotar a temática e, na qualidade de um convite a pensar a partir da zona de confluência entre os saberes da Psicologia e Direito, o presente artigo, com base em revisão bibliográfica, aborda o tema em duas partes, a primeira delas trata da interface entre o Direito e Psicologia e as relações parentais e a segunda sobre as mudanças de compreensão da função parental e dos direitos das crianças e adolescentes na legislação brasileira e suas carências no mundo fático.

## 15.1 A Interface do direito e da psicologia e as relações parentais

A Psicologia, enquanto ciência, ao estudar o ser humano, se intercruciza com a Antropologia, Filosofia, Fisiologia, Medicina, Sociologia, Física e com o Direito, de forma horizontalizada e por meio de atravessamentos. Em observância ao recorte metodológico do presente estudo, o enfoque será realizado no inter-relacionamento e nos atravessamentos da Psicologia com o Direito.

O cerne do saber psicológico é o ser humano, em sua integralidade e humanidade, enquanto um ser social, simbólico e histórico, capaz de influenciar e ser influenciado. O ser humano para a Psicologia é compreendido enquanto um ser capaz de perceber o passado, presente e futuro, de refletir, sentir, significar e ressignificar, de transformar suas relações por meio do raciocínio e da linguagem, de ter planos, projetos, desejos, sonhos e medos (LEVY, 2014, p. 11-13).

Parte-se da premissa de que o indivíduo aprende a ser. Isso significa que é por meio das interações<sup>151</sup> e relações sociais que o indivíduo cons-

<sup>151</sup> Interação social é o processo que se dá entre dois ou mais indivíduos, em que as ações de um são, ao mesmo tempo, resultado e causa das ações do outro. (Cf. LEVY *et al.*, 2014, p. 29).



trói a própria identidade, adquire padrões de comportamento, socializa e constitui seus valores.

O processo de constituição do “ser” — também denominado como processo de desenvolvimento — inicia-se na concepção, intensifica-se durante a infância e adolescência, e se complementa até a morte (LEVY, 2014, p. 29). Por essa razão, também, é que se considera a infância e a adolescência como fases peculiaríssimas de desenvolvimento, pela doutrina e legislação vigente.

Elucida-se que o desenvolvimento sob a perspectiva da psicologia considera os aspectos biológicos, emocionais, intelectuais e sociais. Compreender o desenvolvimento é compreender o que ocorre desde a concepção até a morte do indivíduo, em cada idade, em cada fase, levando-se em consideração a interferência da hereditariedade<sup>152</sup> e do ambiente<sup>153</sup>.

Assevera-se que a família possui destacada importância no desenvolvimento dos indivíduos. A herança genética, o contexto familiar, a dinâmica da família, os mecanismos de acolhimento, suas características e estrutura de apoio, fazem da família a principal responsável pelo desenvolvimento na infância e adolescência, impactando nos atuais e futuros desdobramentos da vida (ROSEIRO, PAULA, MANCINI, 2020, p. 55-71).

Nesse sentido, considerando que a família é o maior agente socializante e de essencial importância para o desenvolvimento da criança e do adolescente, por meio de revisão bibliográfica, o presente estudo terá como enfoque a relevância do desempenho saudável da parentalidade, da coparentalidade e das relações familiares.

Visando efetivamente salvaguardar os direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o delineamento do papel a ser desempenhado pelo Direito carece do saber científico advindo da Psicologia, do inter-relacionamento e dos atravessamentos do Direito com a Psicologia. Especialmente, faz-se imprescindível a compreensão do exercício da parentalidade e da coparentalidade, das fases de desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como dos potenciais efeitos no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o contato entre Psicologia e Direito não pode estar limitado aos espaços de estudos biopsicossociais, perícias e assistências técnicas.

Não se questiona a relevância dos estudos biopsicossociais, das perícias e das assistências técnicas. Contudo, é notório que o Direito, especialmente o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente, prescinde

<sup>152</sup> A hereditariedade consiste, em verdade, na composição genética do indivíduo.

<sup>153</sup> O ambiente pode ser compreendido como a família, amigos, a educação e experiências às quais as pessoas estão expostas.

da intensificação e do aprofundamento do inter-relacionamento com a Psicologia.

Claudia Regina Brandão Sampaio (2017) sugere a potencialização dos recursos da Psicologia e do Direito por meio da aplicação do “efeito de borda”. O “efeito de borda” é um conceito organizador compreendido como confluência e interação entre campos do saber, que pode ser compreendido enquanto ferramenta sistêmica, que propicia a ampliação dos horizontes epistemológicos e favorece novas configurações e práticas.

Conforme elucida a autora citada (SAMPAIO, 2017), a terminologia do “efeito de borda” tem origem na ecologia. A borda consiste na zona de transição entre comunidades ou biomas — os quais possuem elementos próprios que interagem de modo organizado e caracterizam a área ou habitat particular. Os elementos de cada comunidade ou bioma ao se encontrarem na zona de transição acumulam recursos e, além da soma dos recursos, frutos da interação, surgem novos componentes, que tornam a borda ecológica uma rica zona de recursos.

O “efeito de borda”, em verdade, se confunde com o conceito de transdisciplinaridade — que consiste na interação entre os diferentes saberes de forma transcendente.

No mesmo sentido da conceituação aplicada para a ecologia, observa-se que cada disciplina tem uma fundamentação teórica e um conjunto de técnicas para a aplicação do conteúdo e quando ocorre o encontro das diferentes disciplinas, não se trata apenas do resultado da soma dos saberes — que se assemelharia em muito ao conceito da interdisciplinaridade —, mas da emergência de novas potencialidades, das transformações qualitativas e de uma nova perspectiva que parte da zona de confluência dos saberes (SAMPAIO, 2017).

A borda contribui para emergência de novos recursos, possibilidades, potencialidades e práticas.

Cada vez mais as demandas que versam sobre o Direito das Famílias, envolvendo os direitos das crianças e dos adolescentes e direitos da personalidade, e sobre Direito da Infância e da Juventude, nos desafiam a prospectar melhores e mais efetivas soluções.

O pensamento teórico na área jurídica visando tornar-se mais compatível com a fluidez da realidade vem buscando a ampliação de seus horizontes e novas formas de pensar (SANTOS, 2012).

Acredita-se que, além da inter e da multidisciplinaridade, a transdisciplinaridade ou — noutras palavras — o conhecimento que emerge da referida zona de confluência, possibilita a construção de soluções mais humanizadas no âmbito jurídico, atentas à historicidade e à peculiaridade da família e das relações que a compõem, constituindo o verdadeiro reco-

nhcimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a concretização da Doutrina da Proteção Integral.

Nesse viés, o presente estudo, instigando a ampliação dos saberes do Direito e da Psicologia, visa constituir-se enquanto um convite para (re) pensar as soluções jurídicas reiteradamente empregadas às relações familiares, especialmente, parentais.

## 15.2 Reflexões acerca da função parental e dos direitos das crianças e adolescentes

Com a adoção da doutrina da proteção integral e a partir da leitura civil-constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 590)<sup>154</sup>, especialmente, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2015, p. 13)<sup>155</sup> e da solidariedade, previstos nos arts. 1º, III, e 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o poder familiar passou a ser “interpretado sob a perspectiva funcional” e a ser concebido mais como um dever de proteção dos pais com os filhos do que um poder sobre eles (TEPEDINO, TEIXEIRA, p. 544-5).

Em que pese no Código Civil o rol de deveres dos pais em relação aos filhos esteja disposto como “poder familiar”, sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, que reconhece as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e que pretende a concretização dos princípios da prioridade absoluta, proteção integral e do melhor interesse, a expressão mostra-se manifestamente inadequada.

Pontua-se que se tem com conhecimento de que a expressão “autoridade parental” é a mais aceita pelos doutrinadores, contudo, entende-se que a expressão mais adequada a representar o poder familiar, é “função parental” (DA ROSA, 2020, p. 427; LOBO, 2008, p. 268)<sup>156</sup> ou “responsabilidades parentais”.

---

<sup>154</sup> “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.” (PERLINGIERI, 2008, p. 590).

<sup>155</sup> Maria Celina Bodin de Moraes acerca da dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas: “Grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em torno do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade. As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), eagem-se como as principais normas do sistema e não podem ser contraditas por qualquer regra jurídica, sendo precípuo seu papel na teoria das fontes do direito civil.” (MORAES, 2015, p. 13).

<sup>156</sup> Conrado Paulino da Rosa entende que nem a expressão poder familiar e nem autoridade parental representam a melhor designação para o instituto e apresentam como mais adequada a expressão “função parental”. (DA ROSA, 2020, p. 427). Igualmente observando a inadequação da nomenclatura, Paulo Lobo reconhece que a noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre o outro. (LOBO, 2008, p. 268).

A escolha léxica revela os valores “e corrobora a historicidade das categorias jurídicas, por meio da dinamicidade e fluidez do conteúdo dos significantes em cada contexto”. Nesse viés, compreende-se que as palavras “poder” e “autoridade” (TEIXEIRA, DADALTO, 2019) findam por manter um elo com o pátrio poder, com a noção de poder absoluto sobre os filhos e com o adultocentrismo.

Diferentemente de pensar a autoridade dos pais, quando pensamos em “função parental”, estamos refletindo sobre a perspectiva da criança e do adolescente, de modo que há uma aproximação maior da atual definição de “poder parental”. Além disso, a adoção da expressão “função parental” propiciaria uma reflexão da sociedade acerca da temática e um convite para olhar a relação paterno-filial sobre outra perspectiva. Uma perspectiva que deixa de estar vinculada a uma estrutura hierárquica e de poder para passar a focar no diálogo e na condução da criança para a autonomia com responsabilidade.

Sem qualquer pretensão de percorrer a trajetória histórica do poder familiar e de esgotar a temática, passa-se a esclarecer o conteúdo do instituto que permite extrair as raízes de alguns compartimentos, mesmo a despeito das mudanças legislativas.

A função parental nasce como um instituto privado (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 19) que, inicialmente, foi denominado no ordenamento jurídico brasileiro como pátrio poder e, posteriormente, como poder familiar. A expressão “poder familiar”, ainda adotada pelo Código Civil de 2002, corresponde ao “pátrio poder”, que foi previsto no Código Civil de 1916 sob as fortes influências do *pater potestas* do Direito Romano (DIAS, 2013, p. 434).

No Direito Romano, o agrupamento familiar era composto pelo *pater familiae* e pelas pessoas que eram dele dependentes, sua esposa, seus filhos e até mesmo as respectivas mulheres. O *pater familiae* era o chefe religioso, político e jurídico do agrupamento e os poderes a que detinha atingiam além dos referidos membros, os escravos e as pessoas semilivres (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, loc. cit.).

Nos tempos mais remotos, o poder do *pater* era absoluto, de modo que os seus subordinados estavam sujeitos ao “império inquestionável de suas deliberações” (TEIXEIRA, DADALTO, 2019). Inclusive, o *pater familiae* detinha o poder da vida e da morte de seus membros e concentrava todo o patrimônio em seu domínio (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 18). A essência do *pater potestas* e da família patriarcal era a autoridade absoluta do *pater*.

Com o passar dos tempos e a forte influência do cristianismo, o poder do *pater familiae* foi atravessado pelo poder estatal e sofreu importantes

limitações. O Estado passou a atuar como interventor e protetor das relações de ordem privada e o poder familiar — que antes era compreendido como um direito essencialmente privado — passou a deter características de um direito social (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 19).

No Código Civil de 1916, ainda que já houvesse as características de dever ou ofício parental, o poder familiar foi tratado como “pátrio poder”, remontando ao *pater potestas* do Direito Romano.

Após uma profunda ressignificação da família, a partir da metodologia civil-constitucional, em observância ao reconhecimento do pluralismo das modalidades de família, da igualdade entre os cônjuges, e do caráter democrático da família constitucionalizada, com o advento do Código Civil de 2002, o “pátrio poder” foi substituído pelo “poder familiar” (XAVIER, COLOMBO, 2019).

A mudança terminológica do “pátrio poder” para “poder familiar” representou um avanço rumo a superação da desigualdade conjugal e elevou a posição das mulheres nas interações familiares no que é pertinente a criação dos filhos (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 19).

Segundo Rodrigo Pereira da Cunha (2021), a palavra “poder” expressa o sentido de posse e não representa a verdadeira intenção de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a palavra “familiar” traz consigo a ideia de que os avós e irmãos estariam revestidos dessa função, o que não é verdade (Cap. 11, s.p.).

Desse modo, o termo poder familiar ainda constante no Código Civil de 2002 não se adequa à compreensão das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direito e não representa devidamente o reconhecimento da bilateralidade das relações materno-paterno-filiais.

As complexas relações entre pais e filhos e entre o exercício dos direitos fundamentais e o cumprimento da função parental devem se desenvolver no respeito ao princípio da igualdade, da unidade familiar e do melhor interesse do filho (MENEZES, MORAES, 2015, p. 163), enquanto uma correlação de pessoas, sem a subjugação de um sujeito a outro. O poder-sujeição que antes regia as relações paterno-filiais cada vez mais mostra-se incompatível com a concepção de igualdade participativa e democrática da unidade familiar (PERLINGIERI, 2002, p. 258).

Segundo Perlingieri (2002), o ofício dos pais se concentra exclusivamente no interesse da criança e do adolescente e assume mais uma função educativa e voltada a promoção das potencialidades dos filhos. Assevera o autor que o aspecto existencial, mais que o patrimonial, deve ser observado e reconhecido nas circunstâncias concretas em atenção à historicidade da família (p. 258-9).

O interesse das crianças e dos adolescentes, por sua vez, identifica-se com a obtenção de uma autonomia pessoal, de juízo, e pode concretizar-se

por meio de escolhas e propostas em relação aos mais diversos campos, desde que preservada a integridade física e psicológica e o global “crescimento de sua personalidade” (PERLINGIERI, 2002, p. 259).

A função parental está disciplinada como poder parental nos artigos 1.630 ao 1.638 e nos artigos 1.689 ao 1.693, todos do Código Civil de 2002, e em outras legislações extravagantes, das quais, destacar-se-á o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 1.634 do Código Civil de 2002, após as modificações operadas pela Lei da Guarda Compartilhada de 2014, prevê que – independentemente da situação conjugal – compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar. Além de dispor expressamente que o exercício do poder familiar compete a ambos os pais independentemente da situação conjugal, dispõe sobre o exercício e as incumbências do poder familiar.

Segundo o supramencionado artigo, o poder familiar consiste em dirigir a criação e a educação dos filhos, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder ou não o consentimento para viagem ao exterior, mudança de residência e para o casamento, representá-los ou assisti-los judicial e extrajudicialmente, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir-lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, bem como nomear tutor por testamento ou documento autêntico<sup>157</sup>.

O dever de dirigir a criação e a educação figura no primeiro lugar do rol de deveres dos pais e possui destacada importância. O dever de criação e de educação consiste na responsabilidade de promover todos os meios materiais e morais aptos a propiciar um desenvolvimento físico e intelectual aos filhos, inculcando-lhes valores para uma vivência harmoniosa em sociedade, sob pena de sofrer sanções civis e penais (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 29-31).

Segundo Paulo Nader (2016), o poder familiar deve ser moldado em função das necessidades das crianças e adolescentes (p. 386). No mesmo sentido, Ana Carolina B. Teixeira (2005) compreende o poder familiar como um instrumento de garantias dos direitos fundamentais da criança e do

---

<sup>157</sup> “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar; que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do Art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

adolescente, voltado para a promoção e desenvolvimento da personalidade, bem como uma forma de resguardar-lhes o melhor interesse (p. 85).

O art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições pelos pais na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. O art. 22, do mesmo diploma legal, dispõe que incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos e que ambos possuem direitos, deveres e responsabilidades iguais no que concerne ao cuidado e educação (BRASIL).

A legislação é uníssona e cristalina ao atribuir a ambos os genitores o poder familiar em igualdade de condições. Contudo, as controvérsias e as dificuldades surgem na concretização e no exercício do poder familiar, especialmente, no que concerne à guarda, dever de criação e educação.

As atribuições inerentes ao poder parental costumam ser confundidas com o exercício da guarda. No entanto, a guarda é instituto autônomo, atributo ou componente da estrutura do poder familiar, mas não se restringe a ele.

O direito de guarda não é da essência do poder familiar, mas da sua natureza (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 29-31). Segundo Rodrigo Pereira da Cunha (2021), o poder parental e a guarda têm a mesma função, mas o exercício difere na intensidade, na quantidade e na qualidade. Esclarece o autor que a guarda constitui-se enquanto uma função protetiva e promocional cujo objetivo primordial é cumprir o dever de cuidado – material e moral — e atuar ativamente no processo de formação dos filhos.

Ocorre que a referida função protetiva e promocional não está restrita ao guardião. Ao não guardião igualmente cabe a função de executar e dar continuidade às atribuições do poder familiar, além de suas obrigações de convivência (CUNHA, 2021, Cap. 12, s.p.). Especialmente, por essa razão é que não se pode confundir o poder familiar com a guarda.

Ademais o poder familiar é intransferível, irrenunciável, imprescritível e indisponível, que não pode ser objeto de abandono, transferência ou renúncia (VERONESE, GOUVEA, SILVA, 2005, p. 36). Em sendo assim, considerando a possibilidade de fixação da guarda unilateral, admitir que guarda e poder familiar se confundem seria admitir a disposição do poder familiar – o que não é possível.

No mesmo sentido, segundo Marília P. Xavier e Maria Colombo (2019), é equivocado reduzir ou excluir o exercício de atribuições do poder familiar em razão da guarda.

Conforme inteligência do art. 1.635 do Código Civil de 2002, o poder familiar apenas se extingue quando os filhos atingem a maioridade, em



razão da emancipação ou da adoção e pela morte dos pais ou do filho e por meio de decisão judicial caso os pais adotem comportamentos incompatíveis com os princípios do melhor interesse e da proteção integral expressamente previstos no art. 1.638 do Código Civil de 2002.

Ressalvando as hipóteses de extinção e suspensão observadas, independentemente da inexistência de sociedade conjugal entre os pais, do divórcio, da dissolução de união estável dos pais ou da modalidade de guarda, o poder parental permanecerá intacto e mantém-se hígido o dever de ambos os pais exercerem o cuidado, a criação e a educação dos filhos. Portanto, ambos os pais possuem o dever de exercer o poder familiar independentemente da modalidade da guarda.

Assevera-se ainda que cabe aos pais uma função muito mais educativa que de gestão patrimonial, mais voltada para a realização dos interesses existenciais. É dever dos pais a promoção das potencialidades criativas e da emancipação dos filhos e se concretiza por meio da oportunização “*de exprimir escolhas e propostas alternativas em relação aos mais diversos setores, dos interesses culturais àqueles políticos e afetivos*”, desde que salvaguardada a integridade psicofísica e assegurado o desenvolvimento da personalidade (PERLINGIERI, 2002, p. 258-260).

No mesmo sentido, a família democrática instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil pressupõe uma relação coordenada entre pais e filhos, em que os interesses das crianças e adolescentes também devem ser levados em consideração, cabendo aos pais o dever de acompanhar os filhos no processo de construção da personalidade (MENEZES, MORAES, 2015, p. 163).

Destaca-se, portanto, que a função parental e o direito à convivência familiar torna jurídica a necessidade de aprendizado a partir do convívio e da interação no âmbito social e familiar, de transmissão de conhecimentos e experiências, bem como a presença e a contribuição para o processo educacional dos filhos (TEPEDINO, TEIXEIRA, p. 586-7).

Não obstante a notória importância da convivência familiar e do modelo democrático de família, ainda persiste uma realidade contraditória, marcada pela falta do respeito, ausência de cuidado, pelo abandono, pela prática de alienação parental e pela violência.

O cotidiano pelos mais diversos meios “*denuncia a discrepância entre o modelo democrático de família e a organização de muitos grupos familiares que se acham na realidade*” (MENEZES, MORAES, Op. loc. cit.).

Em afronta, especialmente, aos artigos 15, 16, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL)<sup>158</sup> e aos princípios e normas consti-

<sup>158</sup> “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais ga-

tucionais, ainda ecoa na sociedade e no Direito de Família “*a ideia de que os filhos são sujeitos passivos na relação com seus pais, figurando mais como ‘objetos de direito’ da autoridade parental*” (MENEZES, MORAES, 2015, p. 163).

Nesse viés, ressoa com estranhamento o fato de que as crianças e os adolescentes tenham direito ao respeito, à liberdade de escolha e à privacidade, bem como toda a sua gama de proteção, em face de seus próprios pais.

Além disso, muitos pais não se preocupam em ser uma referência e em participar ativamente da vida de seus filhos, ainda que convivam sob o mesmo teto que os filhos. Isso tanto no âmbito físico, quanto no digital que hoje tornou ainda mais complexo as funções parentais. Segundo o autor argentino Sergio Sinay, essa ausência de participação pode ser compreendida como uma espécie de orfandade, a qual poderia ser evitada se os adultos buscassem se tornar significativo para os filhos, desenvolvendo laços de aceitação e colaboração<sup>159</sup>.

Nesse sentido, assevera que a omissão em relação aos deveres parentais — ainda que parcial — e a autoridade paterna exercida de modo egoístico

---

rantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (...) Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>).

<sup>159</sup> Para Sergio Sinay, as crianças e adolescentes que são criados por adultos que fogem da responsabilidade de criar, de educar e de limitar, são os filhos órfãos. Segundo ele, nova concepção de orfandade é mais ampla e mais devastadora, já que mesmo tendo contato com seus pais vivem sem modelos existenciais, sem alimento emocional e sem orientação ética. É, portanto, (...) uma orfandade emocional (ausência de fontes nas quais possam nutrir e expressar seu mundo afetivo a partir da interação contínua e ativa com os adultos mais próximos, os pais). É uma orfandade ética (privação de referências concretas, reais, constantes para a construção e o exercício de uma escala de valores que são transmitidos com presença e atitudes). É uma orfandade de logos (ausência de conversas, exemplo vivos, experiências compartilhadas com adultos que deem lugar a uma conexão precoce com a vontade de construir uma vida com sentido). É uma orfandade espiritual (falta de um ambiente, criado pelos adultos mais próximos, e estimulado por eles, em que se possa ir mais além das simples e imediatas questões materiais, para poder se ligar a instâncias transcendentes, interpessoais, superiores). É uma orfandade afetiva (carência de sinais consistentes e constantes, emitidos por seus adultos, que ratifiquem seu valor como pessoa, sua importância, seu caráter especial; esses sinais só chegam com o olhar interessado, a escuta receptiva, o tempo compartilhado, a valorização de ações e criações e o acompanhamento dos processos e experiências gerados pelas diferentes etapas evolutivas). É uma orfandade normativa (falta de limites que permitam aprender a conviver de uma maneira construtiva, que gerem noções de valor, que construam ambientes seguros e favoráveis ao próprio desenvolvimento).

podem implicar na violação ao princípio da dignidade, da solidariedade e prejudicar severamente o desenvolvimento saudável, especialmente da autonomia e da personalidade (MENEZES, MORAES, 2015).

Considerando os não raros casos de exercício arbitrário e egoístico da autoridade parental e de omissão parental acerca dos respectivos deveres, resta evidenciado que a previsão legal dos deveres atinentes a função parental e o compartilhamento coativo da guarda, bem como a gama de direitos das crianças e adolescentes, mostram-se insuficientes para permitir a efetiva conscientização das tarefas parentais e do dever de compartilhamento delas no melhor interesse dos filhos.

De modo geral, os pais sabem o que é melhor para os seus filhos, mas quando a conduta, seja do pai ou da mãe, coloca em risco ou desrespeita importantes direitos das crianças e dos adolescentes, autorizada está a intervenção estatal para fazer valer a Doutrina da Proteção Integral e salvaguardar os direitos infantojuvenis.

Nem sempre os pais estão em condições emocionais, por exemplo, para colocar os filhos em primeiro lugar, porque as suas dores ou vivências em determinado momento impedem essa atitude. Nesse sentido, a intervenção da psicologia pode ser fundamental para auxiliar nessas questões.

Desse modo, mostra-se cada vez mais imprescindível um pensar em conjunto entre o Direito e a Psicologia para que cada vez mais possam as crianças e os adolescentes ter a sua gama de proteção devidamente assegurada – ainda que em face de seus próprios pais.

O “efeito de borda” permite explorar os conhecimentos de ambos os campos da ciência e prospectar novas soluções a partir da confluência dos saberes. Nesse sentido, advindo dessa confluência deve-se construir meios de promover uma conscientização social da importância do papel da família para as crianças e os adolescentes, da relevância da relação parental e sobre os modos de melhor executar o papel parental, para que seja apto a proporcionar um saudável desenvolvimento aos filhos promovendo e estimulando o desenvolvimento das potencialidades das crianças e adolescentes.

## **Considerações finais**

Em que pesem as importantes mudanças operadas no instituto da autoridade parental e o reconhecimento de uma vasta gama de direitos das crianças e dos adolescentes, bem como o progressivo reconhecimento da importância das relações parentais para o desenvolvimento saudável dos filhos, ainda paira na sociedade a ideia de que os filhos são sujeitos passivos completamente submissos à autoridade parental.

Isso evidencia que a previsão legal e os meios executórios dos deveres atinentes à função parental e da gama de direitos das crianças e adolescentes são insuficientes para impedir o exercício arbitrário e egoístico da autoridade parental e até mesmo a omissão parental.

Desse modo, sugere-se e instiga-se a exploração de novas potencialidades, de transformações qualitativas nos institutos jurídicos e até mesmo nos andamentos das demandas a partir de uma perspectiva que parte da zona de confluência dos saberes da Psicologia e do Direito.

Modos alternativos de resolução de conflitos, a exemplo da mediação e das práticas colaborativas – que se propõe a um trabalho interdisciplinar – começam a ganhar cada vez mais espaço. A prática do direito como prevenção e não mais uma postura de litígio ecoa no universo jurídico com mais força e vitalidade, embora um longo caminho ainda precise ser construído para essa cultura.

A construção pelos pais de planos de parentalidade, estipulando as funções, as responsabilidades, obrigações e demais tarefas também desponta como uma importante alternativa a ser utilizada, principalmente para os casos em que a autoridade parental requer os desdobramentos da guarda.

Com efeito, um pensar conjunto entre as duas ciências, de modo a construir e a desenvolver meios de promoção de uma conscientização social da importância do papel da família para as crianças e os adolescentes, da relevância da relação parental e sobre os modos de melhor executar o papel parental, para que seja apto a proporcionar um saudável desenvolvimento aos filhos estimulando o desenvolvimento de suas individualidades, autonomia e potencialidades é um caminho a ser trilhado.

## Referências

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DA ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEVY *et al.* **Psicologia aplicada ao Direito**. Rio de Janeiro: Editora Universidade Estácio de Sá, 2014.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Autoridade parental e privacidade do filho menor**: o desafio de cuidar para emancipar. Diretoria-Conpedi, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5**: direito de família. Rio de Janeiro, 2016.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSEIRO, Claudia Paresqui; PAULA, Kely Maria Pereira de; MANCINI, Camila Nasser. Estresse e enfrentamento infantil no contexto do divórcio parental. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 72, n. 1, p. 55-71, abr. 2020. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180952672020000100005&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180952672020000100005&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 04 set. 2022.

SAMPAIO, Claudia Regina Brandão. Psicologia e Direito: o que pode a Psicologia? Trilhando caminhos para além da perícia psicológica. In: THERENSE, Munique *et al.* **Psicologia Jurídica e Direito de Família**: para além da perícia psicológica. Manaus: UEA Edições, 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/35480181/Para\\_al%C3%A9m\\_da\\_per%C3%ADcia\\_as\\_im\\_perman%C3%AAncias\\_dos\\_psic%C3%B3logos\\_nas\\_Varas\\_de\\_Fam%C3%ADlia](https://www.academia.edu/35480181/Para_al%C3%A9m_da_per%C3%ADcia_as_im_perman%C3%AAncias_dos_psic%C3%B3logos_nas_Varas_de_Fam%C3%ADlia)>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SANTOS, Rafael Padilha dos. Destaques jurídicos nas arguições de Antígona e Creonte: com quem está a Justiça. In: OLIVO, Luis Carlos Cancellier de

(org.). **Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura**. 2. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99611?show=full>>. Acesso em: 17 maio 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família - Vol. 6** (pp. 544-545). Editora Forense, Edição do Kindle.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (orgs.). Autoridade Parental: Dilemas e Desafios Contemporâneos. In: XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maria Barboza dos Santos. **Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador**. Indaiatuba: Foco, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, Lucia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder familiar e tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 29-31, 36.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maria Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (orgs.). **Autoridade Parental: Dilemas e Desafios Contemporâneos**. Indaiatuba: Foco, 2019.



# Obstáculos históricos e simbólicos à transformação da cultura de tratamento dos conflitos da sentença em solução consensual no sistema jurídico brasileiro

*Cristina Mendes Bertoncini Correa  
Jéssica Gonçalves*

## Introdução

Nenhuma cultura está livre da existência de conflitos entre os seus pares. Disso deriva a necessidade “utópica” de que, para sobreviver, toda sociedade, em qualquer localidade, depende da escolha legítima de uma forma para tratar as controvérsias. Um povo precisa decidir como será o meio de gestão dos seus problemas; ou os cidadãos autorizam um terceiro à resolução das suas controvérsias ou a solução será deixada ao encargo dos próprios envolvidos.



Na primeira hipótese, o modelo é o da heterocomposição e o julgado terá o *status* oficial de um terceiro que adjudica a decisão, enquanto, no segundo modelo, o da autocomposição, o monopólio da força legítima do Estado cede espaço para autonomia dos envolvidos que buscam, por meio da cooperação, o comprometimento de uma solução em comum.

Fato é que, qualquer dos mencionados processos de tratamento dos conflitos, aprovado por uma sociedade, é o resultado das escolhas (conscientes e inconscientes) das crenças e dos símbolos dos seus cidadãos e, em grande medida, reflexo da cultura em que estão inseridos. Desse modo, cada povo uma cultura e, cada cultura, abrange a história de um sistema jurídico para o tratamento dos seus conflitos. E, nesse contexto, a profunda conexão entre a cultura e os processos de gestão dos litígios, justifica o presente artigo que pretende analisar a história da cultura jurídica do Brasil contemporâneo para defini-la como de “sentença” e apontar os possíveis obstáculos à transformação de um modelo de preponderância da sentença para a solução consensual.

## **16.1 No Brasil: em razão do seu processo histórico e simbólico – prepondera a cultura de tratamento dos conflitos baseada na sentença**

A história de uma sociedade influencia a formação cultural do seu povo (a cultura depende da história de um povo), o que, por consequência, resulta na formação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. É sabido que nenhuma sociedade está livre de conflitos, mas como estes serão resolvidos é que é a questão. O método de tratamento dos conflitos é um reflexo da cultura a qual se pertence e, se a cultura expressa tudo aquilo que caracteriza a história da sociedade, a discussão sobre a cultura, em especial a cultura jurídica, auxilia a pensar sobre a própria realidade social. Ou seja, qualquer que seja o modo de solução dos conflitos, eles são resultados das escolhas dessa sociedade, ainda que feitos conscientes ou inconscientemente, a partir do conhecimento, da crença e da estrutura social (CHASE, 2014, p. 20).

Desta forma, é importante entender os sentidos de uma realidade cultural para aqueles que nela vivem, já que cada realidade cultural tem a sua lógica interna, de modo que se deve procurar conhecê-la, para que assim façam sentido as suas práticas e os seus costumes. É preciso relacionar a variedade de procedimentos culturais com os contextos históricos nos quais são produzidos.

Para analisar um sistema cultural jurídico é, então, necessário, verificar a situação sócio-histórica que o produziu. Se a história de cada sociedade explica as particularidades de cada cultura, é importante, para compreender a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, entender o processo histórico de aculturação (CUCHE, 2022), subcultura (CUCHE, 2022)<sup>160</sup> e socialização (CUCHE, 2022) que a produziu, as relações de poder e o confronto de interesses no interior do país.

O modo como o jurista vê a si como produtor de cultura e produtor de efeitos políticos é, sem dúvida, uma via riquíssima para desvendar alguns traços da cultura jurídica brasileira. Assim, o conceito de cultura, na qual a totalidade do seu vocábulo depende, sempre, de uma atividade interpretativa; de ser buscado, dentro de um contexto histórico, o seu real significado para aquele grupo, é que se pretende entender a cultura jurídica brasileira para o tratamento dos conflitos.

Por esta premissa, o que se quer extrair como componentes internos ou qual o real significado de uma cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos?

Desde já, é importante fixar o entendimento de que a definição dos itens integrantes da cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos não significa, a par das já reconhecidas demais culturas e diversidades culturais internas existentes, alicerçá-la como a “melhor ou a pior cultura jurídica”, principalmente considerando que “*os modelos de solução dos conflitos adotados pelo Brasil foram praticamente todos herdados do arsenal da cultura jurídica portuguesa*” (FONSECA).

O que se pretende, portanto, é apenas estabelecer um “padrão discursivo” de quais são os valores que integram a historicidade e a simbologia dos métodos de tratamento dos conflitos efetivamente aceitos no Brasil e que dão azo à formação da sua cultura jurídica de tratamento dos conflitos, em especial da sentença.

Como um país pertencente a uma cultura ocidental, no Brasil, a busca da solução de um conflito assume natureza contenciosa, inscrita por meio de uma ação judicial e subscrita pela garantia do processo judicial como método oferecido pelo Poder Judiciário, com intuito de obter um documento revestido do poder coercitivo do Estado, qual seja, a sentença.

Uma das formas encontradas pelos indivíduos e pelos grupos para administrarem os seus conflitos é por meio do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, cuja redação estabelece que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será afastada do Poder Judiciário. Tal dispositivo destaca o princípio

---

<sup>160</sup> Não se trata de cultura inferior, mas sim, dividida segundo as classes sociais ou grupos étnicos.

da inafastabilidade da tutela jurisdicional, isto é, aquele que se tornou a via tradicional de tratamento dos conflitos jurídicos no Brasil, ou seja, o processo judicial (jurisdição estatal).

No caso brasileiro, a norma prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, assegura que nenhuma lesão ou ameaça ao Direito será afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, impulsionando qualquer pessoa que se sinta violada ou ameaçada em seus direitos a recorrer ao Estado-Juiz. Paradoxalmente, no entanto, referida garantia cria o conjunto de suposições sobre a realidade, modelo ou padrão aceito que explica determinado dado real naquilo em que Thomas Samuel Kuhn denomina como “paradigma” (KUHN, 1982). O paradigma do direito encontra no precedente da Lei a técnica para disciplinar as relações, apresentando, atualmente, como modelo da heterocomposição.

A via heterocompositiva é aquela em que um terceiro designado pelo Estado (juiz) tem o poder de decidir o conflito por meio de uma decisão adjudicada (sentença judicial) numa lógica de parte vencedora e de parte vencida. A predominância no sistema de justiça brasileiro do referido modelo fez surgir a “cultura da sentença”, em que a sentença judicial é o reflexo do modo pelo qual os cidadãos e os profissionais do direito no Brasil, nesse momento, procuram administrar suas diferenças.

Por consequência, a cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, aqui definida como “cultura da sentença”, é um fato histórico e simbólico que reflete a forma como o país trata preponderantemente os conflitos.

A cultura jurídica da sentença no Brasil é um fato histórico porque, desde o ano da independência política do Brasil, em 1822, o direito brasileiro se confundia e se reproduzia, sobremaneira, conforme o sistema jurídico português.

A criação das Faculdades de Direito no Brasil, no início do Império, parece sinalizar a vontade das elites locais em formar profissionais meramente burocráticos, assim como aqueles, comumente, formados pela Universidade de Coimbra.

Foi o tempo conhecido como “bacharelismo” (BUARQUE DE HOLANDA, 2004, p. 420), em que os perfis de profissionais, os bacharéis em direito, foram politicamente criados para exercerem duas funções básicas: a) constituir uma maneira de pensar que sistematizasse a ideologia política jurídica do liberalismo, para promover um Estado Nacional e constituir um modo de ser dos profissionais, voltados à burocracia, para operacionalizar a ideologia das elites (RODRIGUES, 1992).

Ainda, no período imperial, precisamente em 1927, Horácio Wanderlei Rodrigues (1992, p. 18) recorda que a criação dos cursos jurídicos no Brasil era gerenciada pelo governo central e tinha no seu ensino (currículos, pro-

gramas, professores e compêndios) a doutrina dominante do jusnaturalismo e uma metodologia limitada ao estilo das aulas-conferência em Coimbra.

Tomando como nota a explicação de Sérgio Adorno (1988, p. 141), sobre produção do perfil acadêmico/professor no Brasil, a qual *“privilegiou-se a formação política, em lugar da formação exclusivamente jurídica”*, pode-se metaforizar para indicar que, nos cursos e no ensino jurídico, privilegiou-se uma formação do jurista voltada para burocracia, no lugar de um arranjo humanista que privilegiasse a interdisciplinaridade.

De certo modo, o que se percebe é que *“não se afigura comprovável que o ensino jurídico do império tenha sido eficaz a ponto de modificar o comportamento do corpo discente e lhe propiciar, por meio de um plano pedagógico definido, uma formação profissional”* (ADORNO, 1988, p. 93). No período colonial apenas foi dada continuidade aos entornos da cultura jurídica portuguesa em solo brasileiro e mantida a estrutura centralizada.

Mesmo após o processo de independência, o Brasil não conseguiu se organizar juridicamente de modo autônomo, permanecendo sob a égide legislativa da antiga metrópole, consoante fica claro com a promulgação das Ordenações – normas promulgadas pelos reis de Portugal – com o escopo de vigorar no Brasil enquanto persistisse a lacuna de criação de um grande código.

Neste período, também havia duas correntes políticas disputando o poder: de um lado, uma proposta de superação da ordem colonial, espécie de plataforma do partido liberal, e, do outro, uma agremiação conservadora, que se mantinham ao lado do imperador e que advinha de setores oligárquicos de diversas regiões do Brasil.

Com o triunfo do partido liberal, novas proposições jurídicas foram feitas, como por exemplo, em 1830, o Código Criminal. Porém, em termos de formação do perfil ideológico do jurista, não ocorreram mudanças significativas. Ao contrário, a estratégia liberal conservadora, manteve, de maneira camuflada, as bases monárquicas, burocráticas e inerentes à dominação patrimonial, o que resultou em problemas estruturais como: *“favores, clientelismo, cooptação, base jurídica formal, retórica e ornamental”* (WOLKMER, 1988, p. 79).

O pensamento do jurista brasileiro, além da característica do bacharelismo que impregnou uma postura burocratizada, codificada, legalista e exegética, foi influenciado pela teoria filosófica do direito como positivismo<sup>161</sup>, dotado de um valor vinculado ao método lógico dedutivo

---

<sup>161</sup> Implica reduzir o Direito apenas àquilo que está posto. A validade da norma está na sua natureza formal, vale dizer, independentemente de critérios materiais externos ao direito, como a moral, a ética ou a política.

(silogismo) e da crença na neutralidade (ou pelo menos objetividade) do sujeito cognoscente (RODRIGUES, 1992, p. 24).

Como a educação jurídica brasileira historicamente retroalimentou o bacharelismo e a teoria geral filosófica positivista do direito, a mentalidade dos juristas desconheceu as reais necessidades sociais e formou-se dogmática e codificada. Por consequência, o que se observa é que, desde a sua origem, até os dias atuais, os elementos condicionantes da cultura jurídica brasileira permanecem apegados à ideologia dominante daquele período, marcado essencialmente pela ausência de compreensão da realidade à qual se está inserido; restrito à análise da legalidade das normas, pelo fetichismo crônico do terceiro burocrata que vai solucionar os conflitos e no valor de uma sentença.

O aporte genuinamente historiográfico jurídico mostra que o sistema jurídico brasileiro tem um conjunto de significados que comportavam a um só tempo a sua forte carga simbólica numa sentença. Portanto, a sentença é o símbolo que está afixado no imaginário e no senso comum coletivo da cultura jurídica de tratamento dos conflitos no Brasil.

O traço marcante da cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos é a busca, prioritária, tanto pelos cidadãos como pelos profissionais do direito, por uma sentença, ou seja, por uma decisão dotada de eficácia e segurança jurídica. Aliás, os dados confeccionados pelo Conselho Nacional de Justiça em 99,7 milhões de processos no ano de 2015 comprovam a hipótese na busca por uma sentença e não na procura e na satisfação dos métodos consensuais.

No Brasil, a busca da solução contenciosa de uma demanda, via de regra, é inscrita em um processo judicial ao ser apresentada ao Poder Judiciário, com intuito de obter uma sentença, documento revestido do poder coercitivo do Estado. Gonçalves, Rodrigues e Santos (2017, p. 151-152) apontam como a formação propiciada pelos cursos de direito no Brasil atua como mantenedora do "*status quo*" ao repetir o modelo que atribui preponderância à decisão adjudicada pelo juiz e proferida pelo Poder Judiciário.

As faculdades de direito orientam a formação dos futuros juristas para uma postura contenciosa, calcada na sentença judicial, enquanto *locus* de poder e da coerção, concebida como "único ou o mais adequado" método capaz de responder e solucionar os conflitos (SANTOS; GONÇALVES; RODRIGUES, 2017). Prova disto, por exemplo, é que na maioria das Universidades espalhadas pelo País, existem, em média, 8 (oito) cadeiras de Processo Civil e uma, quando muito, optativa, de meios consensuais.

Além disso, o mercado de trabalho desde a advocacia até a magistratura, as diversas carreiras jurídicas centram sua formação na imagem do profissional voltado para a litigiosidade, passando a ser dependentes cada vez mais do modelo estatal de justiça, de seus padrões institucionalizados de decisões, de seus ritos e das suas formas.

Os bacharéis do direito são apegados à lógica do positivismo, da técnica da subsunção do fato à norma, do contencioso e da litigância, ingressando no mercado de trabalho para operar na lógica do combate; na busca incessante por uma sentença, totalmente despreocupados com o resultado útil e fático do método aplicado e sobretudo com o ser humano

Enquanto comportamento mediado por símbolos, a cultura jurídica da sentença no Brasil é um produto do poder e da coerção, que motiva as posturas de atribuir somente a este símbolo e ao seu emitente, o juiz, enquanto oráculo do poder decisório, o condão de resolver conflitos. Segundo Shirley (1987) é possível considerar que a preponderância na administração de conflitos por meio de juízes e decisões adjudicadas é um reflexo de um tratamento paternalista que no discurso diz se tratar da educação da população quanto aos seus direitos e deveres quando na verdade não oferece tais recursos.

Da mesma forma, Juan Carlos Vezzulla (2013, p. 83) corrobora ao afirmar que *“o conceito enraizado de que a forma de dirimir uma questão é pela oposição, pelo enfrentamento”*, se mantém no povo brasileiro. Em outras palavras, continua o autor, a *“visão binária ligada às leis dos jogos de soma zero em que para que exista um ganhador deve existir um perdedor tem-se incorporado de tal maneira nas condutas das pessoas e das sociedades que domina todos os aspectos da vida”* (VEZZULLA, 2013, p. 84). Essa cultura tem se instaurado de tal maneira que gera a ilusão de ser a única possível.

Nesse processo, o Estado tem o monopólio da produção jurídica e, ao mesmo tempo, tem o monopólio da força, como esclarece Max Weber (1993, p. 56) ao afirmar que o Estado é o detentor do *“monopólio do uso legítimo da violência física”*.

Consequentemente, explica Fabiana Marion Spengler (2010, p. 278) que, para tratar dos conflitos nascidos nas sociedades, o Estado, como detentor do monopólio da força legítima, utiliza o Poder Judiciário e conclui: *“a legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz”*. O juiz, dessa maneira, deve decidir o conflito.

## 16.2 Consequências da manutenção de uma cultura da sentença

Acontece que esta cultura jurídica da sentença manifestada, intencionalmente, ao longo do desenvolvimento histórico do País, causou, na sociedade brasileira, a existência de um Poder Judiciário ineficiente na sua prestação jurisdicional.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 37, tenha erigido a eficiência como princípio que visa orientar as relações da Administração Pública direta e indireta, o que se vê, na prática, é uma atuação deficitária do Poder Judiciário que não mais está conseguindo garantir um acesso à justiça célere, efetivo e com duração razoável.

As causas dos desafios no Poder Judiciário são inúmeras e diversas, podendo ser destacadas, sem prejuízo de outras: a) abertura constitucional com a positivação de novos direitos; b) conscientização dos cidadãos de que são sujeitos destas novas dimensões de direitos; c) descumprimento, por parte dos demais poderes, das suas funções institucionais; d) exercício, cada vez mais frequente, de litigantes abusivos (frívolos e habituais).

Tais fatores são algumas das origens no aumento significativo do número das demandas, na judicialização da política e na morosidade e hiperlitigiosidade da prestação jurisdicional. Em razão disso, para o fim de dar respostas céleres, efetivas e razoáveis às controvérsias dos cidadãos, todo o sistema de administração da justiça brasileiro passou a ser repensado.

Justamente por isso, ou seja, porque o Poder Judiciário mostrou-se insuficiente para um resultado célere e útil, que se fez despontar, no próprio Judiciário, o interesse em uma nova forma de gestão racional de conflitos. Assim, entendeu-se que chegou o momento de modificar esse modo de responder ao conflito e tê-lo como soma variável com uma gama de possibilidades para geri-lo, ou seja, optou-se por formar uma nova cultura: a “cultura do consenso” ou, pelo menos, dar espaço a essa cultura. Dessa forma, percebeu-se a necessidade de trazer novamente ao Direito as formas autocompositivas, sendo estas as situações em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, buscam resolver o conflito primordialmente por meio de um acordo. Os métodos mais conhecidos<sup>162</sup> de autocomposição são: a negociação, a conciliação e a mediação.

### 16.3 Mudanças legislativas para implementação da cultura do consenso no Brasil

Desde o ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça busca alternativas para tratar as demandas, que não apenas pelo Processo Judicial, tanto

---

<sup>162</sup> Também são trazidos, na doutrina, como métodos de autocomposição o *Rente a judge* e o *Ombudsman*, porém estes não serão trabalhados nesta tese. O *Rente a judge* é mais utilizado nos EUA e apresenta-se como uma forma de resolução de conflitos muito próxima ora da mediação, ora da arbitragem. Isso porque as partes podem ou não atribuir poderes de obrigatoriedade da decisão apresentada pelo terceiro. Já o *Ombudsman* foi criado na Suécia e a sua atuação é predominante no equacionamento de conflitos intergrupos (consumidores x prestadores de serviço), focando nos conflitos coletivos ou difusos. No Brasil, é utilizado primordialmente pelo Poder Público.



que editou a Resolução nº 125/2010, a qual impõe ao Poder Judiciário o dever de criar uma política pública nacional de tratamento dos conflitos baseada nos meios consensuais.

Mesmo com a mencionada diretriz, poucas alterações foram efetivamente feitas pelos tribunais brasileiros. Somente a partir do ano de 2015, com a promulgação da Lei nº 13.140, que estabeleceu o marco legal da Mediação no Brasil, e da vigência do novo Código de Processo Civil é que os juristas passaram a reconhecer e dar credibilidade aos meios consensuais.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ somada à Lei de Mediação e ao Novo Código de Processo Civil formam uma tríade ou micro-sistema legislativo que pretende transformar o paradigma tradicional do sistema de justiça; vinculado à heterocomposição e à verticalização da decisão através da Poder Judiciário e da figura do Juiz, no paradigma da justiça coexistencial estabelecida pela autocomposição e pela horizontalidade na responsabilidade dos envolvidos, por meio da Mediação.

Especificamente, como dito, a primeira mudança legislativa se deu com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Referida Resolução é composta por 19 (dezenove) artigos, distribuídos em 4 (quatro) capítulos, versando sobre a política pública de tratamento adequado de interesses (capítulo I); atribuições do CNJ (capítulo II); atribuições dos Tribunais (capítulo III) e do Portal de Conciliação (capítulo IV).

Contém, ainda, o anexo I, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento para magistrados e servidores; o anexo II, que cuida de sugestões de procedimentos a serem adotados nos setores de solução pré-processual e processual; o anexo III, que traz o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais; e o anexo IV, que cuida dos dados estatísticos.

O advento da Resolução tem por finalidade fomentar a substituição da solução adjudicada dos conflitos, cujo critério gera a chamada “cultura da sentença”, por outros mecanismos consensuais como, por exemplo, a Mediação, como forma de ascensão da cultura do consenso entre os indivíduos.

Posteriormente, sobreveio a Lei de Mediação, orientada pelos princípios da imparcialidade do Mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Prevê, ainda, a possibilidade contratual de cláusula de Mediação e aponta que apenas conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação podem ser objeto de Mediação.

Dessa forma, a Lei da Mediação conota o instituto como proposta “transformadora do conflito”, pois não busca a decisão pelo terceiro,

mas sim a solução pelas próprias partes, as quais são facilitadas em seus diálogos pelo terceiro – neutro e imparcial – Mediador.

Por meio da inserção da técnica Mediação, chega-se à nova concepção do Direito: ao paradigma da “Justiça do Consenso”, que desloca a análise jurídica das normas (lide processual) para o conflito em si (lide sociológica).

Por último, a recente alteração no Código de Processo Civil, trazida pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, representa o marco histórico em direção à mais completa constitucionalização dos meios consensuais, ao positivar uma nova ideologia e forma de compreender a dogmática processual Civil, sintonizando as regras legais com os princípios constitucionais.

O atual Código de Processo Civil trouxe transformações que visam aproximar as partes, sem a confrontação dos seus interesses. Uma das significativas alterações diz respeito à inclusão da atividade técnica da Mediação como fórmula capaz de solucionar adequadamente certos tipos de conflitos (disponíveis e cuja manutenção deve ser preservada no tempo). Espalhada por diversos artigos, a Mediação deverá ser estimulada por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público no curso do Processo Judicial, inclusive.

Além disso, no Livro III, cujo título se refere aos sujeitos do processo, encontram-se orientações para que os Tribunais criem os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, responsáveis pela realização das Sessões de Mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O atual Código de Processo Civil, seguindo a orientação prevista pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, trouxe a atividade de Mediação para o interior da estrutura do Poder Judiciário, sem excluir, contudo, a forma prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos.

No procedimento da Mediação Judicial, quando recebida a petição inicial, diz o art. 334 que o Juiz designará audiência de Conciliação ou de Mediação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com, pelo menos, 20 (vinte) dias de antecedência. Aqui, um parêntese, para revelar uma impropriedade técnica, quando se lê audiência de Conciliação ou Mediação, leia-se Sessão, porque tais atos não serão presididos pela autoridade do Juiz, o Juiz é que encaminhará para os centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão criados pelos Tribunais. Por isso, ao Juiz cumpre estimular e indicar o meio consensual, não o fazer. Fechado esse parêntese, o art. 334, § 5º, continua dizendo que o autor deve indicar, na petição inicial, seu interesse ou desinteresse, pela Sessão. Entende-se que, no caso de interesse pela sessão, deverá indicar qual mecanismo entende adequado – se Mediação

ou Conciliação. E, no caso de desinteresse, deve fundamentar as razões as quais tornam inadequadas o manejo do mecanismo.

O advogado é quem fará a filtragem adequada da causa, reestruturando cada conflito com a porta de tratamento que entende adequada. Se antes desaguava diretamente na litigância, agora, deverá justificar o uso ou não de outro método de solução dos conflitos. Por isso, compreender como funciona, suas vantagens e desvantagens, é indispensável para além de informar ao seu cliente, também, peticionar corretamente em juízo.

O réu, segundo o parágrafo quinto, também deverá apresentar, por petição, com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência, seu interesse ou desinteresse. No caso de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, a sessão não ocorrerá e, caso não haja o comparecimento injustificado, tanto do autor como do réu, cometerão ato atentatório à dignidade da justiça e serão sancionados com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, conforme art. 334, § 8º.

A mencionada tríade (Resolução, Lei de Mediação e Código de Processo Civil) visa transformar a cultura da sentença em solução consensual e, por consequência, sinalizar ao cidadão e ao profissional do direito que o sistema de administração da justiça brasileiro é eclético e plural na coexistência harmônica e de múltiplas portas quanto aos vários mecanismos para o tratamento dos conflitos.

A partir disto, fica claro que a legislação brasileira, ainda que, por motivos transversos<sup>163</sup>, tenta induzir uma mudança cultural no tratamento dos conflitos. A questão, no entanto, que se impõe e que se torna objeto do presente artigo é:

Considerando que o diálogo e o consenso, não são valores historicamente e simbolicamente cultuados pelo cidadão e jurista brasileiros quando do tratamento dos seus conflitos, é possível dizer que a tríade legislativa é suficiente para alcançar a transformação cultural que se almeja? Não obstante, se ainda assim as normas tiverem o condão de alcançar o mencionado objetivo, estará o microsistema legislativo brasileiro de acordo com a lógica e com os objetivos do instituto da mediação, podendo, de

---

<sup>163</sup> Digam-se “motivos transversos” como uma crítica ao sistema, pois, em vez do legislador adotar a Mediação por compreender as vantagens do instituto para o tratamento de conflitos disponíveis ou indisponíveis sujeitos à transação, a adota, em razão da crise generalizada no Poder Judiciário e como medida para desafogar o órgão, ou seja, insere a Mediação, não como um novo valor cultural a ser adquirido, aprendido e transmitido, mas como uma medida paliativa aos problemas existentes.

forma prática, consolidar uma guinada pragmática na gestão cultural da sentença?

Desta forma, quer-se discutir se o microsistema legislativo é suficiente para transformar a cultura jurídica da sentença brasileira de tratamento dos conflitos ou se nele existem entraves que podem dificultar a mudança pretendida. O objetivo, portanto, é refletir sobre os obstáculos que podem prejudicar ou impedir a transformação da cultura da sentença em cultura do consenso e reproduzir a gestão adjudicatória pelo juiz.

## **16.4 Obstáculos históricos e simbólicos à transformação da cultura de tratamento dos conflitos da sentença em solução consensual no sistema jurídico brasileiro**

Em que pese exista um movimento brasileiro de alterações legislativas para transformar a cultura da sentença em consenso, o caminho escolhido pelo legislador foi o da judicialização e o da burocratização das abordagens consensuais.

Se o sistema jurídico brasileiro pretende fomentar uma nova cultura de tratamento dos conflitos, deve realizar, como pressuposto, mudanças nos comportamentos dos cidadãos e dos profissionais que usufruem e atuam no ordenamento de justiça.

A mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense culminou na consolidação da decisão proferida pelos juízes, em detrimento daquela construída pelas próprias partes. Contudo, para que se inverta esta lógica cultural da sentença e se instale o consenso no Brasil é preciso superar os entraves de origens: política educacional e técnica legislativa. Como explicado ao longo deste artigo, a definição de cultura é sempre composta por dois elementos: a sua história e os seus símbolos. Logo, não é à toa que os entraves para transformação cultural também sejam compostos da história e simbologia.

Os entraves são de natureza histórica e simbólica. Os entraves de natureza histórica são os político-educacionais e de natureza simbólica são os técnicos legislativos. Assim, há no atual sistema de tratamento dos conflitos um entrave educacional, ao que parece ser mais “fácil” de modificar, se comparado com o equívoco legislativo, na medida em que este já se encontra posto.

A educação brasileira, sobremaneira a jurídica, forma profissionais cujo bacharelado, desde o período colonial, é dogmático, formal, posi-

tivista e de aplicação do silogismo, sem a construção das habilidades sociais como: empatia, comunicação não violenta e escuta ativa. Os corpos dos juristas não foram treinados para as emoções, bastando pensar nos gestos contidos, nas vestimentas formais, na linguagem rebuscada e na valorização da norma (positivismo) em detrimento do real interesse das pessoas.

Ocorre que o método da Mediação como abordagem paradigmática do sistema jurídico brasileiro de tratamento dos conflitos, representativo da cultura do consenso, não admite a reprodução de práticas formais e burocráticas, impeditivas do protagonismo das partes, ou seja, não se coaduna com postura fechada e alheia à interdisciplinaridade.

É preciso, desta forma, romper com o imaginário jurídico instituído de que a sensibilidade fere a legalidade e compreender a perspectiva das pessoas envolvidas, suas necessidades e seus sentimentos, para que os interesses ocultos se revelem. Entende-se, portanto, que a transformação da cultura da sentença para cultura do consenso só poderá ser alcançada no Brasil quando for fomentada na educação básica e no próprio ensino do direito, retirando o foco da autoridade judiciária e promovendo o protagonismo dos envolvidos. O primeiro entrave, portanto, é a educação, em todos os seus níveis, mas em especial a de nível superior jurídico.

Destarte, quando se ouve falar em “ensino jurídico”, geralmente, faz-se lembrar de um lugar antigo, de sala de aula, com professores sendo protagonistas e monopolizadores dos conhecimentos e os alunos como figuras passivas, reprodutores desse ensino. Assim, a “*realidade da clientela do ensino superior tem uma peculiar característica na qual o aprendizado dos educandos se firmou, por longo tempo, através da retrógrada narração conteudista e petrificada*” (MACHADO, 2020, p. 35), na qual o professor passava os conteúdos, e os alunos memorizavam e repetiam esses conteúdos.

Nesse sentido, depois de tantos anos de pedagogia conteudista, que atrapalhava a qualidade do ensino jurídico, com vários problemas atinentes às práticas pedagógicas, avaliativas, organizacionais, de integração entre teoria e prática, vem se tentando inaugurar uma nova educação jurídica. As instituições e seus docentes têm tentado modificar essa forma de ensino para inovar e formar verdadeiros cidadãos.

As inúmeras tentativas de mudanças nos componentes curriculares demonstram essa necessidade de modificação das cátedras universitárias, mas é um entrave que ainda exige luta para reinventar a educação jurídica brasileira.

O segundo entrave possui natureza simbólica e são de ordem técnica legislativa. Destacam-se três entraves técnicos legislativos que

não rompem com o “símbolo” cultural da sentença, porque mantêm a mediação sob os auspícios do Poder Judiciário, como uma etapa da garantia processual e, ainda, como unidade que lhe confira segurança jurídica: a) Mediação Estatal — “avocada” pelo Poder Judiciário: a inclusão do método não se deu a partir de um senso axiológico de justiça, mas teve como pano de fundo desafogar o Poder Judiciário, como uma “alternativa” à crise institucional. Há uma “judicialização” do instituto ao tratá-la especificamente dentro da esfera do Poder Judiciário, não tendo por escopo a prevenção do litígio; b) Mediação como uma garantia processual — etapa pré-procedimental do processo civil: o novo Código de Processo Civil estabelece a mediação como etapa do processo judicial ao prever que será marcada audiência ou sessão de mediação antes ou durante o processo, não tendo validade como método autônomo para o tratamento dos conflitos; c) Mediação como unidade de segurança jurídica — “acordista”: método sinônimo ou visando somente o acordo. Não se reconhece que o instituto serve para facilitar a comunicação interrompida e transformar as relações entre os envolvidos, sendo que, mesmo não gerando um acordo, houve mediação.

O segundo entrave, portanto, é a mediação na sua estrutura “*a la brasileira*” em que o seu real sentido é distorcido e adaptado como modalidade do “jeitinho” brasileiro.

## Considerações finais

Sabe-se, no entanto, que a modificação de uma cultura não é tarefa fácil, afinal, é preciso identificar, em cada contexto histórico, a origem dos comportamentos dos atores sociais no sentido de dar continuidade na reprodução do modelo que se busca transformar.

Elaboraram-se, desde o ano 2010, diversas alterações normativas a fim de combater a crise no Poder Judiciário e instalar uma nova ordem jurídica paradigmática na cultura de tratamento dos conflitos, cuja tônica é a de empoderar os envolvidos e alcançar o resultado útil para o caso concreto.

A mencionada abertura dogmática pretendeu proporcionar mudanças na cultura jurídica brasileira de tratamento dos conflitos, outrora, essencialmente, contenciosa ou denominada de “cultura da sentença”, cujos marcos representativos são a jurisdição e o método do processo judicial, para a inserção do modelo denominado de “cultura do consenso”, cuja base é a autocomposição e a prática da mediação. No entanto, encontrou obstáculos de ordem: histórica e simbólica.

## Referências

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (org.). **História geral da civilização brasileira**: tomo II – o Brasil monárquico. v. 5. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução dos conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Vias da modernização jurídica brasileira**: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. Revista Brasileira de Estudos Políticos.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

MACHADO, Ana Maria Alves e BRETAS, Hugo Rios. A autonomia de cátedra do professor do curso de direito, ante o perfil social pluralista. In: ROCHA, Maria Vital; BARROSO, Felipe dos Reis (org.). **Educação jurídica e didática no ensino do direito**: estudos em homenagem à professora Cecilia Caballero Lois. Florianópolis: Habitus, 2020.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo: indo além do senso comum**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 1992.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; GONÇALVES, Jéssica; RODRIGUES, Horácio. Transformação da cultura da sentença para um cultura ampla e multiportas de administração dos conflitos jurídicos. In: BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. **Limites e possibilidades da**



**legitimidade e eficácia da prestação jurisdicional no Brasil.** Curitiba: Letra da Lei, 2017.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; POZZATI, Ademar Junior; MAILLART, Adriana Silva. Reflexões sobre o ensino dos meios alternativos de resolução dos conflitos nos cursos do direito. In: **Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos.** Organizadores: Tânia Lobo Muniz, Miguel Etinger de Araujo Junior. Birigui: Boreal Editora, 2014.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense.



# A responsabilidade objetiva na *products liability* estadunidense

Daniel Deggau Bastos  
Rafael Peteffi da Silva

## Introdução

A chamada *products liability* estadunidense não só configura terreno fértil para ricas discussões acadêmicas sobre a qualidade dos produtos colocados no mercado como também serve de arrimo para a avaliação dos diferentes métodos de aferição de seu caráter defeituoso.

Este artigo, na sequência da demonstração de uma longa e tortuosa evolução, apresenta o início da *products liability* estadunidense até o estágio de maior expansão, entre as décadas de 70 e 80 do século XX. As soluções americanas dessa época, oriundas da edição do *Restatement (Second) of Torts*, influenciaram boa parte da doutrina europeia, principalmente da Alemanha, grande responsável por intermediar a elaboração da Diretiva 85 da Comunidade Econômica Europeia.

Como o Brasil se inspirou diretamente na Diretiva 85/374/CEE, vez que várias das disposições ali previstas foram transcritas integralmente no Código de Defesa do Consumidor, mostra-se relevante retratar e com-

preender o movimento de criação e desenvolvimento da *products liability* estadunidense.

Vale dizer que o sistema norte-americano foi se adaptando ao longo de sua história, sendo que o modelo atual, previsto no *Restatement (Third)*, retrata uma mudança da jurisprudência a partir da década de 1980 e possui menos afinidades com a disciplina jurídica brasileira, o que demonstra um movimento pendular nessa seara jurídica nos Estados Unidos.

## 17.1 A *products liability* – o caminho para o regime da *strict liability*

*The path to strict product liability in tort was long, tortured, and tortuous (OWEN, 2015, p. 132).*

A fase da *Early Products Liability*, relativa às primeiras etapas do desenvolvimento desse campo próprio da responsabilidade civil, remonta aos primeiros debates sobre a teoria. Não é fácil a tarefa de precisar o momento em que esse ramo da responsabilidade ganha vida de forma autônoma, mas é certo que foram poucos os litígios sobre produtos defeituosos no começo do século XX.

Esse primeiro momento inicial da *Products Liability* vai até o princípio da década de 1960, quando começa a se desenvolver o modelo da responsabilidade sem culpa, marcando o início daquilo que se convencionou chamar de *Modern Products Liability*.

A despeito das tentativas de demarcações históricas, a evolução da *product liability* no direito norte-americano não pode ser encarada como uma progressão isenta de sobressaltos. Como explica Leães (1987, p. 41-42), o modelo americano é resultado de uma complexa maturação plural e diacrônica, de vários critérios, com migração de modelos de uma área para outra. E desse influxo passaram a coexistir distintas estruturas de responsabilidade que se influenciam reciprocamente, dando lugar a complexos de significados que participam de duas ou mais valências.

Os regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty*, apesar das mutações desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, acarretavam sérias dificuldades às vítimas em seus intentos para buscar indenização. Mais do que isso, os objetivos políticos e de interesse público da época reforçavam o compromisso social por uma expansão da responsabilidade por produtos defeituosos, o que não seria possível de se atingir de maneira eficaz com os sistemas tradicionais (BIRNBAUM, 1980, p. 596).

No artigo “*The assault upon the citadel: strict liability to consumer*”, escrito por *William Prosser*, em 1960, o autor não só relata casos relevantes da *products liability*, como também posiciona o leitor no estágio em que se encontrava o debate sobre a aplicação do regime da *negligence* e a virada para a *strict liability*.

*Prosser* utiliza-se de uma metáfora. A cidadela – ou fortaleza – que antes ruiu com a derrubada da *privity*, manteve-se hígida no regime da *negligence*. Com muros altos e fortificações bem estruturadas, a *negligence* por muito tempo sofreu investidas. O ataque iniciado pelos *food and drink cases*, por meio do regime da *warranty*, se sagrou vitorioso, fazendo prevalecer algo similar à responsabilidade objetiva (*strict liability*) neste setor específico (PROSSER, 1960, p. 1106-110).

Com o tempo, escritores lançaram seus ataques contra os outros porções da cidadela com o fim de estender a responsabilidade objetiva para outros produtos além dos alimentícios. No início, as primeiras fissuras na parede pareceram pequenas e insignificantes, mas, com o tempo, por meio da analogia e extensão para outros produtos, multiplicaram-se os casos favoráveis ao regime da *strict liability* (PROSSER, 1960, p. 1111).

No final da década de 1950, sete decisões reputadas espetaculares, inclinadas ao regime da *strict liability*, fizeram *Prosser* prever que o ataque à cidadela da *negligence* se mostraria um massacre, de modo que não havia mais que se falar em restrição da responsabilidade objetiva ao setor dos alimentos (PROSSER, 1960, p. 1111).

Nota-se, assim, a importância do momento em que foi publicado o artigo de *Prosser*. O final da década de 1950 e início da década de 1960 revelam esse momento de transição entre os regimes preponderantes da *negligence* para o da *strict liability*. De todo modo, dada a sua importância e reconhecimento, convém citar julgado anterior, datado de 1944, em que a opinião de um juiz ficou marcada na história.

Na célebre decisão *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, a Corte Suprema da Califórnia, sob o regime da *negligence*, invocou a doutrina da *res ipsa loquitur* para condenar a empresa pelos danos causados pela explosão de uma garrafa. Nenhuma novidade até aí.

No entanto, por meio da *concurring opinion*, espécie de registro de voto em apartado, o *Judge Traynor* foi mais longe do que seus colegas e estimou que a *tort law* não deveria se contentar em reconhecer o *duty of reasonable care* do produtor. Isto é, asseverou que a negligência não deveria servir como base para a indenização da vítima. Deveria então submeter o produtor a uma responsabilidade sem culpa em casos de danos causados por produtos defeituosos (SHEA, 1963, p. 222). Para *Traynor*, o produtor se submete à responsabilidade estrita quando o produto lan-

cado no mercado, que costuma ser utilizado sem inspeção pelo usuário, se mostra defeituoso e causa danos à vítima.

Para ele, mesmo se não houver negligência (FARNSWORTH; GRADY, 2019, p. 393),

*public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the Market. It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business<sup>164</sup>.*

A sempre lembrada opinião do *Judge Traynor* menciona, portanto, a análise dos benefícios e dos valores da mudança do regime de *negligence* e *warranty* para *strict liability* a partir de quatro fundamentos: 1) a responsabilidade objetiva seria mais favorável à proteção das expectativas dos consumidores; 2) incentivaria a mudança de comportamentos (poder de dissuasão); 3) estabeleceria um tipo de negligência pressuposta (*inferred negligence*), e 4) encaminharia para o fornecedor os custos dos danos, que poderiam ser repassados no preço para todos os consumidores, tornando a compensação mais eficiente (GREEN; CARDI, 2016, p. 580).

A opinião de *Traynor* foi o primeiro indicador encontrado no Tribunal da Califórnia quanto à utilização do argumento da dispersão dos riscos (*riskspreading*) na relação entre consumidor e produtor (SHEA, 1963, p. 223), isto é, representou uma semente plantada do regime da *strict liability* (AWAD, 1998, p. 280). Ainda assim, tratou-se de posição isolada que, por alguns anos, não encontrou eco nas Cortes americanas.

No tema da proteção aos consumidores, as Cortes continuaram sendo palco do duelo entre as soluções contratualistas e as soluções delituais (ou extracontratualistas) e, em 1960, na mesma época da publicação do artigo de *Prosser*, a decisão *Henningsen v. Bloomffield Motors Inc.*<sup>165</sup>, da Corte Suprema de Nova Jersey, adotou a solução contratualista mais radical, ao afirmar o princípio

<sup>164</sup> Para Borghetti (2004, p. 28), ainda que tal decisão tenha acabado por passar quase despercebida na época, em seguida foi considerada como um giro decisivo na história da *products liability*. Pela primeira vez, foi sugerido por uma Corte Suprema que um produtor deve se submeter a uma responsabilidade delitual sem culpa por danos causados por produtos defeituosos (mesmo na ausência de menção a qualquer garantia dada pelo produtor).

<sup>165</sup> *Henningsen v. Bloomffield Motors Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

da transmissão das garantias por meio da circulação dos bens (*warranties running with the goods*). Valendo-se de questões de justiça social, bem como das condições modernas de mercado, entendeu a Corte que o produtor passa a ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor pela violação de uma obrigação contratual de adequação e segurança, que acompanharia o produto até as mãos do consumidor final (BIRNBAUM, 1980, p. 595).

De acordo com a Corte, as regras tradicionais da *contract law* que exigem a leitura atenta das cláusulas contratuais e a vinculação forçada de seus termos refletem as implicações da liberdade de negociar, da capacidade de barganha e da liberdade de mercado. Ocorre que os métodos de contratação contemporâneos são configurados em contratos de massa padronizados, forjados por grandes empresas, e bastante prejudiciais aos consumidores, que acabam subjugados pelo poderio econômico e contratual do fornecedor (PRIEST, 1985, p. 508-510).

Assim, os termos contratuais que buscam exonerar as garantias implícitas e excluir a responsabilidade civil por danos causados às pessoas despojam os contratos de todas as proteções substanciais em relação à qualidade dos bens. Tal tipo de contrato lança sobre o consumidor, aquele que possui menos meios de evitar os danos, os riscos dos produtos defeituosos. Por isso, um instintivo sentimento de justiça clamava contra tal situação, de modo que a Corte definiu que os fornecedores não podem se eximir da responsabilidade, invalidando tais cláusulas prejudiciais aos lesados (PRIEST, 1985, p. 508-510).

*Henningsen* marca o efetivo fim da relevância da *contract law* com relação a produtos defeituosos que causam danos a pessoas. Seus fundamentos permitem a indenização com base nas garantias implícitas, mas repudia qualquer outro princípio contratual que se aplicaria aos produtos defeituosos. Como se pode observar, não existe uma base verdadeiramente contratual – isto é, consensual – para as garantias implícitas. Como resultado, a natureza consensual das garantias é totalmente imaginária (PRIEST, 1985, p. 509-510).

Quanto aos fatos, tem-se que a condutora de um veículo, adquirido por seu marido, machucou-se em um acidente e intentou ação contra o fabricante e contra o vendedor do carro. A Corte condenou os dois réus sem destacar suas negligências e mesmo que ausente qualquer relação contratual entre as partes. Os juízes invocaram a existência de uma garantia implícita relativa à segurança dos produtos, que acompanharia quem os detivesse (PRIEST, 1985, p. 509-510).

A Corte se recusou a aplicar a cláusula contratual que excluía a *implied warranty* e, por essa decisão, se estendeu o benefício da *implied warranty* para as partes que não estavam em *privity* com o vendedor ou com o

fabricante. Tal entendimento, portanto, foi estendido para todo tipo de produto, não havendo limitação a produtos alimentares ou artigos destinados ao corpo humano. No mais, seguindo-se as lições de Kessler, as cláusulas excludentes ou limitativas de responsabilidade foram reputadas sem efeito em relação aos consumidores (PRIEST, 1985, p. 508-510).

Nota-se, assim, como foi extraordinária a simultaneidade entre a previsão de *Prosser* e a confirmação da tese pelo caso *Henningsen*. A doutrina mais empolgada ilustra tal acontecimento com a hipótese de que o trabalho de *Einstein* sobre a teoria da relatividade tivesse sido entregue aos seus leitores exatamente no momento do eclipse solar de 1919 (PRIEST, 1985, p. 507).

De todo modo, ainda que relevante, o caso *Henningsen* foi eclipsado pela célebre decisão em *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, de 1963, da Suprema Corte da Califórnia<sup>166</sup>. Eis os fatos: por conta de uma falha no sistema de uma máquina poderosa que cortava madeira (entre outras coisas), o consumidor sofreu danos no rosto e processou a fabricante. No julgado, redigido por *Traynor*, então *Chief Justice* da Suprema Corte da Califórnia, autor da antes referida *concurring opinion* em 1944, os juízes da Califórnia decidiram que os prejuízos sofridos deveriam ser indenizados por meio da *strict liability in tort*, não importando, para fins de indenização, o fato de a vítima não ter contratado com o fabricante, que ela não tenha participado do próprio contrato e que não teria respeitado os prazos da garantia, considerados inoperantes.

Note-se que o fabricante acreditava que o seu argumento mais forte residia na falha da vítima em apresentar uma notificação no tempo hábil para alegar a violação de uma garantia (PRIEST, 1985, p. 510). Tal rigoroso requisito pertencente ao regime da *contract law*, entretanto, foi considerado como ilustrativo do ultrapassado caráter do regime das garantias.

Dada a importância do julgado, convém citar trecho dessa decisão, que marcou o início da *strict liability in tort* nos Estados Unidos:

*A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect. That causes injury to a human being. [...] To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the Shopsmith in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the Shopsmith unsafe for its intended use<sup>167</sup>.*

<sup>166</sup> *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57.

<sup>167</sup> *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 64, 377 P.2d 897.



A Suprema Corte da Califórnia, portanto, definiu que a *strict liability in tort* não é regida pela lógica das garantias contratuais, mas sim pelo princípio da distribuição dos riscos. Essa fórmula passou a ser conhecida como “*Greenman rule*” e foi citada repetidamente por diversos autores e Cortes (COLEMAN, 1973, p. 232).

Assim, a sequência de *Henningsen* e *Greenman* não foi acidental. A deslegitimação do contrato em *Henningsen* tornou possível, se não irresistível, a adoção de uma fundamentação puramente baseada nos *torts*, na decisão *Greenman*. Em retrospectiva, *Greenman* é apenas uma implicação lógica de *Henningsen* (PRIEST, 1985, p. 508) que revela os frutos colhidos da semente plantada no caso *Escola* (AWAD, 1998, p. 281).

Com a indicação de que o princípio geral da responsabilidade delitual deixou de ser subjetivo e passou a ser objetivo, foram abandonadas as soluções contratualistas, consideradas por alguns obscuras e confusas (OLIVEIRA, 2013, p. 229). A importância do julgado pode ser extraída das próprias publicações da época, a exemplo do artigo publicado por Michael Shea em 1964. Mesmo um ano após a publicação da decisão, já se conseguiu reconhecer a força do julgado: a uma, porque *Traynor* já não estava mais sozinho – o regime da *strict liability*, que por vinte anos defendeu isoladamente, foi acolhido por todos os juízes, não havendo votos dissidentes; a duas, porque a teoria segue a tendência da Corte de afastar a doutrina da *privacy*. Por fim, e este considerado o argumento mais importante, a Corte descartou as concepções tradicionais de *negligence* e *warranty* (SHEA, 1963, p. 225). Verifica-se, assim, a importância do caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, que serviu de inspiração para o fundamento previsto no *Restatement of Torts (Second)*, publicado em 1965.

## 17.2 Restatement (second) of torts

*William Prosser*, Repórter do *Restatement (Second)*, foi posteriormente acompanhado por *Wex Malone*, *Page Keeton*, *Clarence Morris*, *Fleming James*, *Roger Traynor* e, finalmente, por *John Wade* (PRIEST, 1989, p. 1308). Enxuto, o texto é formado por uma seção única (Seção 402 A), que conta com apenas dezessete comentários, e se tornou a seção mais frequentemente citada entre todas as matérias de todos os *Restatements* (OWEN, 2015, p. 139).

A Seção 402 A simboliza, a um só tempo, a expansão da *products liability*, o ponto de chegada de uma evolução iniciada no começo do século XX e o ponto de partida de incrível evolução jurisprudencial (BORGHETTI, 2004, p. 24). Até então, processos para compensação de danos à integridade

física ou ao patrimônio causados por produtos eram incluídos no regime da *negligence* e (ou) no regime de *breach of warranty* (GREEN; CARDI, p. 577-578). Isto é, o standard da responsabilidade objetiva previsto na Seção 402 A transformou a *products liability* de mero coadjuvante da *warranty law* em uma enorme fonte do direito moderno (PRIEST, 1989, p. 1301-1302).

O processo *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, entre outros fatores, teve um efeito catalisador para a adoção do regime da *strict liability in tort* na Seção 402 A do *Restatement (Second)*, que rapidamente foi adotado pela maioria das Cortes nos Estados Unidos e também por outros países (WRIGHT, 2007, p. 1068).

Eis o que dispõe a primeira parte da § 402 A do *Restatement (Second) of Torts*:

§ 402 A – (1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

O comentário “n” da § 402 A do *Restatement (Second) of Torts* faz questão de assinalar que a responsabilidade mencionada nesta seção não se fundamenta na *negligence*. A lógica fundamental do novo modelo parte do pressuposto de que, como os produtores se encontram na melhor posição para controlar e eliminar os riscos oriundos de produtos defeituosos que podem ocorrer na linha de produção, não parece irrazoável ou mesmo injusto impor a eles os incentivos econômicos para desenvolverem um sistema de controle de qualidade mais eficiente possível. Além disso, mesmo quando acontece um defeito ocasional, o encargo pelo resultado danoso pode ser mais bem suportado pelo produtor do que pelo próprio consumidor (BIRNBAUM, 1980, p. 596).

Entretanto, a regra enunciada em *Greenman vs. Yuba Powers* e replicada no *Restatement (Second)* não resolve todos os problemas, já que a vítima ainda deverá apresentar determinadas evidências sobre o caráter defei-

tuoso do produto para poder se valer de sua inteligência (SHEA, 1963, p. 225). Nas palavras de *Traynor*:

*To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the [product] in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the [product] unsafe for its intended use*<sup>168</sup>.

De acordo com a Seção 402 A, o requerente poderia mostrar o defeito do produto mesmo sem adentrar na discussão sobre a *negligence*. O foco, portanto, se voltava às condições do produto, e não à conduta do produtor.

### **17.2.1 A teoria da Enterprise Liability como arrimo da Strict Liability**

Com a adoção e o desenvolvimento da nova teoria para os produtos defeituosos, as décadas de 1960 e 1970 representaram uma verdadeira revolução para o direito norte-americano.

A afirmação da autonomia do (sub)sistema de responsabilidade civil do fato do produto foi descrita como uma mudança dramática, e a eleição da responsabilidade objetiva tornou o seu caráter ainda mais revolucionário, tendo como expressão significativa a Seção 402 A do *Restatement (Second)* (OLIVEIRA, 2013, p. 220-221).

Parcela da doutrina, no entanto, entende que a Seção 402 A não foi considerada um texto revolucionário, pois significou mera alteração nas regras contratuais. O novo regime, em verdade, poderia ser visto como uma simples transposição da *warranty* contratual, liberta e desembaraçada de suas características “incômodas”. Na mesma linha, a imposição do regime de responsabilidade objetiva foi vista por muitos adeptos como uma razoável extensão dos precedentes anteriores que envolviam a *negligence*, a exemplo da facilitação da prova da culpa por meio da *res ipsa loquitur* (BORGHETTI, 2004, p. 37).

Se o propósito do *Restatement* é, entre outros, a agregação dos entendimentos predominantes nas Cortes, o seu texto, por certo, não deve trazer novidades. A revolução do direito norte-americano deve ser compreendida, portanto, no que diz respeito à mudança das teorias aplicadas que já haviam se iniciado nos últimos anos. De um lado, não se pode dizer

---

<sup>168</sup> *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 64, 377 P.2d 897.

que houve uma ruptura brusca e abrupta no entendimento consagrado, posto que, no mínimo, entre os anos 1960 e 1964 prevaleceu a lógica da responsabilidade estrita. De outro lado, não precisa se conferir caráter espetaculoso ao novo regime já que, de fato, muito se assemelha à mera superação dos obstáculos do regime da *warranty*.

Concorda-se, assim, que o *Restatement (Second)* fez constar o regime de responsabilidade de natureza extracontratual objetiva, instituidora de novo regime que se adicionou ao regime da *warranty* e da *negligence*.

Não se pode negar, ademais, que o caminho trilhado para se chegar até a responsabilidade objetiva passou por diferentes justificações. Não havia uma razão universal e uniforme com vistas a se alcançar uma concepção única de *strict liability*. De todo modo, as diferentes justificativas serviram para destacar a necessidade de expansão do então modelo de *products liability* para facilitar a compensação das vítimas de produtos defeituosos (GREEN; CARDI, 2016, p. 580).

A aparição da *strict liability in tort*, em matéria de responsabilidade pelo fato do produto, pode ser ligada ao sucesso doutrinário da teoria da *enterprise liability*, que dominou a doutrina americana no campo da responsabilidade civil durante décadas. Em termos gerais, trata-se de proceder a uma repartição dos riscos por meio dos seus custos no próprio preço dos produtos ou serviços (repartindo entre os consumidores). A teoria da *enterprise liability*, portanto, repousa sobre duas ideias principais: a atribuição à empresa dos custos dos prejuízos que elas geram (internalização dos custos) e a repartição dos riscos (BORGHETTI, 2004, p. 30-31).

A partir da metade da década de 1950, a teoria da *enterprise liability* ganhou corpo, contando com maior apoio no meio acadêmico, e começou a convencer a jurisprudência a aplicar os seus preceitos aos prejuízos causados por produtos. Fleming James Jr., então o autor americano mais influente em *tort law*, fez valer que os produtores e distribuidores deveriam ser responsáveis pelos prejuízos causados pelos produtos, mesmo sem culpa, pois eles eram os mais bem posicionados para prevenir tais danos, para responder pelos prejuízos, e para repartir os custos entre os consumidores através do preço dos produtos (PRIEST, 1985, p. 463-465; JAMES JR., 1957, p. 923-927).

Com uma visão mais ampla de distribuição dos riscos, Fleming James Jr. defende que a *strict liability* deve prevalecer sobre o regime baseado na culpa quando há uma empresa ou atividade benéfica a muitos, que acaba inevitavelmente causando acidentes e danos a pessoas, sobretudo quando tais vítimas não são capazes de aguentar os prejuízos. E esses impactos vão muito além de perdas individuais, pois colocam em questão um significativo problema social, de modo que a *strict liability* ajudaria a diminuir

o número de acidentes e facilitaria a administração da distribuição dos prejuízos (JAMES JR., 1957, p. 923).

A teoria da *enterprise liability* mostrava-se convergente, portanto, com as reflexões doutrinárias sobre *contract* e *tort law*, na mesma linha do artigo já tantas vezes mencionado, *The Assault upon the Citadel*, de William Prosser – em que este defende o abandono do recurso da *warranty* em matéria de danos causados por produtos e invoca o desenvolvimento da *strict liability*<sup>169</sup>.

Assim, no curto período de 1960 a 1964, modificaram-se substancialmente as fontes dominantes do direito ligadas à responsabilidade por produtos defeituosos. Até o final da década, tais mudanças representaram a revogação dos anteriores paradigmas, tornando obsoleta a *contract law* e ultrapassada a noção de negligência. A responsabilidade dos produtores por danos causados por seus produtos aumentou consideravelmente e, ao mesmo tempo, diminuíram as obrigações dos consumidores (PRIEST, 1985, p. 462).

Portanto, após as decisões *Henningsen* (de natureza contratualista) e *Greenman* (de natureza delitual), boa parte da doutrina se filiou à corrente da responsabilidade objetiva na esfera extracontratual. A ideia da *enterprise liability* serviu não só como mecanismo de política social (PRIEST, 1985, p. 463), mas também de fundamento para justificar a *strict liability* em 1965, com a adoção da Seção 402 A do *Restatement (Second)*. Tal vertente constituiu, durante anos, a edição mais popular da doutrina americana até o final dos anos 1970, quando a *enterprise liability* e seu corolário (a *strict liability*) foram reconsiderados pela doutrina, sobretudo pela análise econômica do direito. Mas se pode dizer que sua adoção foi generalizada na década de 60 e começo de 70 (BORGHETTI, 2004, p. 32).

### 17.2.2 A noção de defeito no *Restatement (Second)*

Pode-se perceber, de tudo que já foi exposto, que o regime instalado pela *products liability* vem a atender corretamente à necessidade de se conferir maior proteção aos consumidores e vítimas de produtos defeituosos. Resultado de uma exigência social e político-jurídica, a imposição de maiores rigores aos critérios de imputação buscou elevar os níveis de segurança dos produtos, mas é importante sublinhar que o fato de um

---

<sup>169</sup> Em tom crítico, Priest afirma explicitamente que as propostas de Prosser são derivadas de Fleming James Jr. e Friedrich Kessler, mas Prosser acabou por alçar um lugar mais prestigioso na história do direito, tendo influenciado diretamente os rumos da *products liability*. Para compreender o desenvolvimento da *Products Liability* de 1900 a 1950, bem como a importância de James e Kessler, ver PRIEST, George L. *The Invention of Enterprise Liability...*, p. 465-505.

produto ser perigoso não conduz necessariamente à ideia de defectibilidade inerente a esse produto.

Depois de *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, as Cortes e a doutrina passaram a efetivamente reconhecer que a questão central no regime da *strict products liability* é a definição a ser dada ao termo “defeito”, que se mostra a verdadeira essência desse novo modelo (BIRNBAUM, 1980, p. 597). Não há dúvidas de que as Cortes poderiam se valer das razões políticas e sociais inerentes ao caso *Greenman*, bem como da lógica aplicada pela teoria da *enterprise liability*, para estabelecer o fundamento a ser utilizado em outras ações. Porém, ocorre que o raciocínio estampado naquele julgamento emblemático não forneceu padrões ou critérios para se determinar se um produto específico é, de fato, defeituoso (BIRNBAUM, *ibidem*).

Quanto à linguagem utilizada pela Seção 402 A do *Restatement (Second)* — “*defective condition unreasonably dangerous*” — Owen explica que as Cortes, após muita confusão, deixaram de encarar “*defect*” e “*unreasonably dangerous*” como dois elementos distintos. Com o tempo passou-se a compreender que a corpulenta fraseologia do texto significa apenas uma coisa: o produto é mais perigoso do que deveria ser. E as Cortes passaram a capturar esse simples conceito por meio de única palavra: defeito (OWEN, 2015, p. 142). Isto é, a noção de defeito configura a própria descrição do produto, enquanto o caráter excessivamente perigoso tem a ver com o teste a ser aplicado (WADE, 1980, p. 555).

Observou-se, rapidamente, que o texto da Seção 402 A não resolveria, por si só, os problemas quanto à defectibilidade do produto. As Cortes e a doutrina voltaram-se, assim, para os comentários oficiais do *Restatement (Second)*, que assumiram papel quase oracular. Entretanto, verificou-se que os comentários não foram bem desenvolvidos, posto que se mostraram vagos e imprecisos (PRIEST, 1985, p. 521).

A adoção do critério das legítimas expectativas consta expressamente do comentário “i” do *Restatement (Second)*: “*The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics*”.

A virtude do teste das expectativas dos consumidores consiste em focar a atenção no próprio produto. Quer dizer, na sua funcionalidade a partir do prisma do consumidor ou usuário, eliminando considerações relacionadas ao regime da *negligence*, que focam na conduta do fabricante (WEINSTEIN; TWERSKI; DONAHER, 1978, p. 45).

Para a maioria da doutrina, os autores do *Restatement (Second)* provavelmente pensaram a aplicação do regime da responsabilidade objetiva



aos casos posteriormente rotulados como defeitos de fabricação ou para situações em que há o mau funcionamento do produto em razão do seu design, mas, como o texto da Seção 402 A não fez qualquer distinção, a regra geral do “*product in defective condition unreasonably dangerous*” acabou por ser adotada como regra geral (PRIEST, 1989, p. 2301-2311; TWERSKI; HENDERSON JR., 2009, p. 1063; OLIVEIRA, 2013, p. 231).

Sempre se partiu da noção de defeito – ainda que inicialmente a sua noção fosse bastante vaga – para determinar a responsabilidade do produtor. Como jamais se permitiu inferir o caráter defeituoso de determinados produtos que possuíam periculosidade inerente, não se pode concluir que o *Restatement (Second)* adotou uma responsabilidade objetiva clássica, pelo risco criado, mesmo que inspirada na *Enterprise Liability* (AUSNESS, 1997, p. 423-428; OWEN, 2008, p. 365-366; PAGE, 1983, p. 859-872; SCHWARTZ, 1998, p. 748; CANTU, 1989, p. 1900). Portanto, o *Restatement (Second)* se afastou de uma utilização mais dura da teoria da responsabilidade objetiva, vez que o fornecedor não respondia por danos sofridos em razão do mero uso regular de um produto que ostentava periculosidade inerente. Mesmo que a doutrina da época tenha valorizado a distribuição dos riscos criados por meio da *enterprise liability*, não se pode dizer que, em relação aos danos causados por produtos, houve a adoção mais rígida da teoria do risco criado.

Nessa perspectiva, diferentemente do regime da *negligence*, não poderia o fornecedor escapar de sua responsabilidade se provasse que agiu com o devido cuidado na preparação e na venda do produto. No entanto, tal responsabilidade não era “puramente causal”. Assim, não bastava que o fornecedor tivesse intervindo na aparição do prejuízo para acionar sua responsabilidade (BORGHETTI, 2004, p. 34).

O próprio comentário “i” do *Restatement (Second)* deixa claro que certos produtos não são completamente seguros para o consumo humano. O açúcar pode matar o diabético, o whisky é capaz de embriagar e causar danos ao alcoólatra e a manteiga pode aumentar os níveis do colesterol ruim e até causar problemas cardíacos. Esses produtos, em razão de seus perigos conhecidos e inerentes à sua natureza, estão fora do conceito de produto “*unreasonably dangerous*”<sup>170</sup>.

Após a adoção da Seção 402 A as jurisdições americanas se depararam com casos mais complexos, se comparados com os anteriores (explosão de

<sup>170</sup> “Many products cannot possibly be made entirely safe for all consumption, and any food or drug necessarily involves some risk of harm, if only from over-consumption. Ordinary sugar is a deadly poison to diabetics, and castor oil found use under Mussolini as an instrument of torture. That is not what is meant by ‘unreasonably dangerous’ in this Section. The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics. Good whiskey is not unreasonably



garrafa de refrigerante ou mesmo uma manteiga envenenada). Por isso, a noção de defeito — que não se revelava um problema, já que tomado pela imperfeição manifesta do produto — passou a ser um conceito mais difícil de se apreender. Assim, as Cortes, ao começarem a se debruçar sobre a maneira como os produtos eram concebidos e projetados, passaram a refletir sobre a exigência colocada no *Restatement*: a necessidade de que o produto esteja “*in a defective condition and unreasonably dangerous*” (BORGHETTI, 2004, p. 42-43). O defeito, portanto, configura um específico fator de atribuição, diferente da culpa e do risco.

Para a maioria da doutrina, os redatores do *Restatement (Second)* tinham em mente, quando de sua elaboração, casos que se amoldavam às situações próximas dos *manufacturing defects* — pois a maioria dos danos causados por produtos se originavam de imperfeições físicas que poderiam facilmente ser constatadas comparando o produto com aquilo que o produtor gostaria de ter feito — ou a situações relacionadas a produtos que não funcionavam adequadamente (espécie de subcategoria especial de defeitos de concepção) (PRIEST, 1989, p. 2301-2311; HARCUT, 1979, p. 1040).

Assim, mesmo durante a época de maior prestígio da *strict liability*, a relativização da responsabilidade dos fornecedores continuou a acontecer, por intermédio do conceito de produto defeituoso.

### 17.3 O apogeu da *products liability*

Até aqui, buscou-se demonstrar três pontos: 1) a doutrina da *strict products liability* se baseia em questões econômicas e sociais que não eram bem atendidas pelos conceitos encontrados nos regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty* (BIRNBAUM, 1980, p. 593); 2) o *Restatement (Second)* é resultado de exigências sociais e político-jurídicas necessárias para impor maiores rigores aos critérios de imputação e elevar os padrões de segurança aos consumidores e usuários de produtos, ainda que não se tenha adotado a teoria do risco criado como fator de atribuição; 3) O texto adotado no *Restatement (Second)* se mostrou impreciso e não

---

*dangerous merely because it will make some people drunk, and is especially dangerous to alcoholics; but bad whiskey, containing a dangerous amount of fuel oil, is unreasonably dangerous. Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful; but tobacco containing something like marijuana may be unreasonably dangerous. Good butter is not unreasonably dangerous merely because, if such be the case, it deposit cholesterol in the arteries and leads to heart attacks; but bad butter, contaminated with poisonous fish oil, is unreasonably dangerous Restatement (Second) Of Torts § 402A Cmt. "" (1965)."*

foram poucas as dificuldades de compreensão do conceito de defeito e sua assimilação com a noção “*unreasonable dangerous*”.

Nos anos seguintes ao *Restatement (Second)*, seja como for, a maioria dos Estados adotou a Seção 402 A ou uma versão ligeiramente diferente da *strict liability*, configurando-se, assim, a efervescência da responsabilidade objetiva no campo da *products liability*. Até 1971, ano do falecimento de Prosser, vinte e oito Estados haviam adotado o regime da *strict liability*. Cinco anos mais tarde, quarenta e uma jurisdições, de um total de cinquenta, já se valiam de tais regras (PRIEST, 1985, p. 518).

Vale registrar que também a *Modern Products Liability* não apresenta um processo histórico linear. Após a edição *Restatement (Second)* é certo que podem ser encontrados diferentes caminhos trilhados pela doutrina e pelas diferentes Cortes estadunidenses, que oscilaram o rigor na avaliação dos deveres dos fabricantes. Este tópico volta-se ao movimento de expansão da *Products Liability* estadunidense e o momento considerado como apogeu de proteção às vítimas de produtos reputados defeituosos.

Para ilustrar a realidade dos anos 1970, levantamentos estatísticos demonstram que, a cada ano, vinte milhões de norte-americanos sofriam lesões em suas residências pelo uso de bens de consumo. Desse total, trinta mil vinham a óbito e cento e dez mil se tornavam permanentemente incapacitados. No âmbito das relações de trabalho, sete milhões sofriam lesões em decorrência do uso de produtos perigosos (WEINSTEIN; TWERSKI; DONAHER, 1978, p. 3).

Boa parte desses danos, diga-se, tem relação com defeitos de fabricação, isto é, desconformidades materiais (tangíveis) do produto em relação com aquilo que era desejado pelo fabricante (por exemplo, explosões episódicas de garrafas de vidro, produtos alimentícios contaminados etc.). No entanto, atribui-se à análise dos defeitos de concepção (do próprio projeto ou design) do produto o *boom* do desenvolvimento da *products liability* nos Estados Unidos. Ricas discussões a respeito da segurança necessária de automóveis em caso de colisões, da ausência de dispositivos de segurança em produtos perigosos, da escolha dos materiais utilizados considerados nocivos à saúde, entre tantos outros, auxiliaram a projetar um novo assunto nas Cortes Americanas (OWEN, 2008, p. 294-295): a defectibilidade de produtos perigosos. Nessa conjuntura, também ganhou corpo o direito à informação dos consumidores e, por consequência, a responsabilidade civil pela ausência de advertências suficientes sobre os riscos dos produtos.

O desenvolvimento da *strict liability*, entre outros fatores, deve-se também à extensão do seu âmbito de aplicação aos produtores de partes componentes, bem como em benefício dos *bystanders* (NOEL, 1970, p.

10). Em *Elmore v. American Motors Corp.*, a Corte definiu que terceiros deveriam ter direito a maior proteção do que consumidores e usuários de produtos defeituosos. Consumidores e usuários possuem, ao menos, a oportunidade de inspecionar os produtos e decidir comprar somente de empresas com credibilidade<sup>171</sup>.

Como os *bystanders* não têm essa oportunidade, também necessitam de proteção quanto a produtos defeituosos e, se houvesse que se traçar uma distinção entre usuários dos produtos e terceiros vítimas, deveria se estender maior responsabilidade em prol dos *bystanders*<sup>172</sup>. Isso porque *bystanders* não escolheram o produto comprado, foram expostos involuntariamente aos seus perigos, sem colher nenhum dos benefícios da sua utilização (GREEN; CARDI, 2009, p. 597).

Poucos anos depois, apesar de algumas jurisdições já terem passado a adotar outros critérios<sup>173</sup>, a Suprema Corte da Califórnia julgou, em 1978, o também famoso caso *Barker v. Lull Engineering Co. Inc.* Inspirada no caso *Cronin*, a Corte desenvolveu um standard multivariado com vistas a proteger consumidores<sup>174</sup>. Trata-se da primeira formulação judicial que adotou explicitamente o “*two-pronged test*”, aqui chamado de teste bifurcado, para defeitos de concepção. O requerente, que operava uma empilhadeira de grande porte, foi atingido por uma peça quando saltava do veículo, pois a carga começou a cair. No processo, alegou que o design da máquina era defeituoso porque não contava com peça estabilizadora, cinto de segurança, barra de segurança para capotagem, entre outros (OWEN, 2008, p. 342).

Em termos gerais, a Corte definiu que o júri não poderia ter sido instruído a aferir a responsabilidade pelo defeito de concepção identificando se o produto era — de modo genérico — excessivamente perigoso para o seu uso. Diferentemente dos defeitos de fabricação, em que se investiga o desvio não desejado em relação a um produto-referência, nos casos de defeito de concepção, segundo a Corte, devem ser aplicados dois critérios para a identificação de algum elemento errado no produto ou na maneira como foi produzido. Ei-los: o produto seria considerado defeituoso em sua concepção (1) se não atender às expectativas de segurança do consumidor ou (2) se o fabricante não conseguir comprovar que os benefícios da

---

<sup>171</sup> *Elmore v. American Motors Corp.*, 451 P.2d 84, 89 (Cal. 1969).

<sup>172</sup> *Elmore v. American Motors Corp.*, 451 P.2d 84, 89 (Cal. 1969).

<sup>173</sup> Para maiores informações sobre os diferentes testes aplicados, ver BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina.

<sup>174</sup> *Barker v. Lull Engineering Co.* - 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 573 P.2d 443 (1978). Os fatos diziam respeito a um acidente de trabalho sofrido por um empregado que operava uma empilhadeira.

concepção do produto superam os seus riscos inerentes<sup>175</sup>. Vê-se, assim, que o ônus da prova foi incumbido ao fabricante quando do teste dos riscos e utilidades<sup>176</sup>.

Além disso, os júris poderiam analisar o design do produto levando em consideração os avanços alcançados em termos de segurança após a produção do produto, constatação que aumenta substancialmente a probabilidade de ganho de causa à vítima (PRIEST, 1985, p. 522-523).

Outro caso merece ser citado como um dos marcos do movimento de expansão da responsabilidade objetiva. Em *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, a Suprema Corte de Nova Jersey condenou o fabricante de amianto (asbestos) por sua falta de clareza na advertência sobre os riscos do produto mesmo que não possuísse tal conhecimento científico na época. Priest alerta que, muito embora tal compreensão cause tensão para as concepções mais básicas de responsabilidade civil, não há qualquer incompatibilidade com a teoria da *enterprise liability*<sup>177</sup>.

De acordo com a Corte, independentemente da informação disponível à época, a responsabilidade do fabricante serve para distribuir os riscos dos danos decorrentes do uso do produto basicamente porque se mostra possível incluir tais custos no preço dos produtos. Ainda segundo a Corte, é preferível seguir tal lógica a impor tais custos para vítimas inocentes<sup>178</sup>. O caso *Beshada* representa o nível máximo (OWEN, 2014, p. 181)<sup>179</sup> de aplicação da *strict liability* nos Estados Unidos e foi objeto de duras críticas, levando, futuramente, a um movimento de refluxo na reponsabilidade civil.

A aplicação mais enfática da teoria da *strict liability*, ademais, serviu como auxílio ao desenvolvimento do nexo de causalidade, podendo-se citar o surgimento da teoria da *market share liability* (responsabilidade por quota de mercado) (BORGHETTI, 2004, p. 40-41). Como explica Peteffi da Silva, a responsabilidade por grupos na jurisprudência norte-americana foi marcada pelo caso *Sindell v. Abbott Laboratories*<sup>180</sup>, que tratou de vítima

---

<sup>175</sup> Rule: A trial judge may properly instruct the jury that a product is defective in design (1) if the plaintiff demonstrates that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in an intended or reasonably foreseeable manner, or (2) if the plaintiff proves that the product's design proximately caused his injury and the defendant fails to prove that on balance the benefits of the challenged design outweigh the risk of danger inherent in such design.

<sup>176</sup> Quanto ao ônus da prova, o ônus permanecia com a vítima ao usar do teste das legítimas expectativas, mas era invertido ao fornecedor quando da utilização do teste dos riscos-utilidades. (OWEN, David G. *Design defects...*, p. 342).

<sup>177</sup> Supreme Court of New Jersey Jul 7, 1982447 A.2d 539 (N.J. 1982).

<sup>178</sup> Supreme Court of New Jersey Jul 7, 1982447 A.2d 539 (N.J. 1982).

<sup>179</sup> "This decision proved to be the high-water mark of modern strict liability law for defective products". Owen, convém explicar, discorda da decisão.

<sup>180</sup> *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980).

que havia desenvolvido câncer devido a uma droga (dietilstilbestrol - DES) ministrada durante a sua gravidez. O ponto nodal consistia no fato de que havia uma multiplicidade de laboratórios que fabricavam a referida droga e a vítima não conseguiu fazer prova inequívoca da marca da droga ingerida. No caso, o Tribunal californiano decidiu repartir a indenização de acordo com a participação de mercado (*market share*) das empresas produtoras da droga nociva (PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 57-58).

Muito embora a teoria da *market share* tenha recebido bastante atenção quando do início do seu desenvolvimento, acabou com o tempo tendo um papel reduzido, pois limitada a produtos que emanem riscos similares. Por isso é que muitas pessoas que não conseguiram identificar os fabricantes de produtos que continham amianto em sua fórmula não lograram êxito pela teoria da *market share*, posto que produtos com amianto provocam diferentes riscos, em diferentes graus. Desse modo, somente um número pequeno de casos estenderam a teoria da *market share* para produtos não relacionados ao dietilstilbestrol (DES) (GREEN; CARDI, 2016, p. 601-602).

Percebe-se assim que não é simples definir o momento preciso do apogeu ou o grande momento de efervescência da *products liability* norte-americana. Por certo, inclui-se entre 1964 e 1997 (quando da publicação do *Restatement Third*<sup>181</sup>), mas, ainda que outras vertentes tenham surgido de forma contemporânea, costuma-se apontar um período mais preciso: as decisões publicadas no final da década 1970 e no começo de 1980 representam o ápice do movimento pró-vítima (HENDERSON; TWERSI, 1991, p. 1271). Tal lapso temporal é marcado pela valorização da responsabilidade objetiva – mais próxima da ideia de risco criado, mas ainda sempre calcada na existência do defeito – e pelo desejo de proteção das vítimas de danos decorrentes de produtos defeituosos.

A partir de meados da década de 1980, por diferentes razões sociais, jurídicas e econômicas, a *products liability* passou por um refluxo em seu movimento de expansão. Diferentes métodos passaram a ser utilizados para a aferição da defectibilidade dos produtos (*risk-utility test*, *reasonable alternative design test*), o que reaproximou, em certa medida, o sistema norte-americano do regime da *negligence*. O período atual, marcado pelo *Restatement (Third)*, não guarda as mesmas características que marcaram o início do desenvolvimento da *products liability*.

---

<sup>181</sup> Para uma análise detida do *Restatement (Third)*, ver BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina.

## Considerações finais

A *Products Liability* estadunidense evoluiu da combinação entre a *warranty-contract law* e a *negligence-tort law*, de modo que não se pode dizer que houve um processo histórico linear em que uma teoria sucedeu a outra. Apesar das mutações desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, os regimes tradicionais da *negligence* e da *warranty* acarretavam sérias dificuldades às vítimas em seus intentos para buscar indenização. Por isso, a *products liability*, por meio da consagração da *strict liability*, enalteceu objetivos políticos e de interesse público da época ao reforçar o compromisso social de expansão da responsabilidade por produtos defeituosos, o que não seria possível de se atingir de maneira eficaz com os sistemas tradicionais.

O *Restatement (Second)*, no ano de 1965, veio a atender corretamente à necessidade de se conferir maior proteção aos consumidores e vítimas de produtos defeituosos. Resultado de uma exigência social e político-jurídica, a imposição de maiores rigores aos critérios de imputação buscou elevar os níveis de segurança dos produtos e aumentar o grau de responsabilização dos fornecedores.

O entusiasmo com o regime da *strict liability* representou a efervescência e o ápice do movimento de expansão da *products liability* estadunidense.

Não se pode negar, ademais, que o caminho trilhado para se chegar até a responsabilidade objetiva passou por diferentes justificações. Quer dizer, não havia uma razão universal e uniforme com vistas a se alcançar uma concepção única de *strict liability*. A teoria do risco nem sempre foi fundamento da *strict liability* e é certo que a necessária expansão do então modelo de *products liability* nunca se descolou da noção da defecibilidade. Ainda assim, é inegável que essa expansão serviu para facilitar a compensação das vítimas de produtos defeituosos.

Por fim, vale repisar que o presente estudo buscou retratar um momento histórico importante para a criação e expansão da *products liability* estadunidense, com diretrizes que influenciaram a Diretiva Europeia e, por conseguinte, a lei de proteção do consumidor brasileira. Muito embora não seja fácil delinear tal momento de efervescência da *products liability* norte-americana, pode-se dizer que alcançou meados da década de 1980, quando passaram a aumentar os questionamentos sobre os rigores da *strict liability*. O período atual, marcado pelo *Restatement (Third)*, não guarda as mesmas características que marcaram o início do desenvolvimento da *products liability*, mostrando, talvez, que exista realmente um movimento pendular nessa seara jurídica nos Estados Unidos.

## Referências

AUSNESS, Richard C. Product Category Liability: A Critical Analysis, **24 N. Kentucky Law Review**. 423 (1997).

AWAD, Abed. The Concept of Defect in American and English Products Liability Discourse: Despite Strict Liability Linguistics, Negligence Is Back with a Vengeance!, **10 Pace Int'l L. Rev.** 275 (1998).

BASTOS, Daniel Deggau. **Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto**: uma análise comparada com o direito norte-americano. Tese de Doutorado. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina.

BIRNBAUM, Sheila. Unmasking the Test for Design Defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence. **33 Vand. L. Rev.** 593 (1980).

BORGHETTI, Jéan-Sébastien. **La responsabilité du fait de produits: étude de droit comparé**. Paris: L.G.D.J., 2004.

CANTU, Charles. Reflections on Section 402A of the Restatement (Second) of Torts: A Mirror Crack'd (1989). **Gonzaga Law Review**, Vol. 25, 1989-1990.

COLEMAN, Charles L. Recent Developments, Products Liability - Strict Liability in Tort: Defect Need Not Render Product "Unreasonably Dangerous" - Cronin v. J.B.E. Olson Corp., 8 Cal. 3d 121, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972), **49 Wash. L. Rev.** 231, 1973.

CUPP JR., Richard L. Believing in Products Liability: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and David Owen's Products Liability Law. **40 U.C. DAVIS L. REV.** 511 (2006).

FARNSWORTH, Ward; GRADY, Mark F. **Torts: cases and questions**. Third Edition. Wolters Kluwer, 2019.

GREEN, Michael D.; CARDI, Jonathan. Product liability in United States of America. In: MACHNIKOWSKI, Piotr (ed.). **European Product Liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies**. Cambridge: Intersentia, 2016.



GREEN, Michael D. The Unappreciated Congruity of the Second and Third Torts Reinstatements on Design Defects, **74 Brook. L. Rev.** (2009).

HARCHUT, Robert F., Products Liability - Restatement (Second) of Torts - Section 402A - Uncertain Standards of Responsibility in Design Defect Cases - After Azzarello, Will Manufacturers be Absolutely Liable in Pennsylvania, **24 Vill. L. Rev.** 1035 (1979).

HENDERSON, James A. Jr.; TWERSKI, Aaron. **Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect** (1991). Cornell Law Faculty Publications.

JAMES JR., Fleming. General Products – Should manufacturers be liable without negligence? **Tennessee Law Review.** Vol. 24. Spring, 1957.

KEETON, W. Page. The Meaning of Defect in Products Liability Law: A Review of Basic Principles. **Missouri Law Review.** Volume 45. Fall, 1980.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto.** São Paulo: Saraiva, 1987.

NOEL, Dix W. Defective Products: Extension of Strict Liability to Bystanders, **38 Tenn. L. Rev.** 1 (1970).

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Le défaut dans la responsabilité du fait des produits: rapport anglo-américain. In: **La responsabilité du fait des produits défectueux: recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance.** Paris: IRJS, 2013.

OWEN, David G. Design defects. **Missouri Law Review.** Volume 73, Issue 2, Spring, 2008.

OWEN, David G. **Products Liability in a nutshell.** 9<sup>a</sup> edition. West Academic Publishing, 2015.

PAGE, Joseph A. Generic Product Risks: The Case Against Comment k and for Strict Tort Liability, **58 N.Y.U. L. Rev.** 853-891 (1983).

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRIEST, George L. **Strict Products Liability**: The Original Intent (1989). Faculty Scholarship Series. 611.

PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law. **The Journal of Legal Studies**, vol. 14, no. 3, 1985.

PROSSER, William L. The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer). **Yale Law Journal**, vol. 69, no. 7, June 1960.

SCHWARTZ, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability-The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation. **Hofstra Law Review**: Vol. 26: Iss. 3, Article 9, 1998.

SHEA, Michael. Products Liability: Strict Liability in Tort Notes and Comments. **Santa Clara Law Review**. Vol. 4. 1963.

TWERSKI, Aaron; HENDERSON JR., James A. **Manufacturer's Liability for Defective Product Designs**: The Triumph of Risk-Utility. (2009). Cornell Law Faculty Publications.

WADE, John W. On Products "Design Defects" and Their Actionability. **Vand. L. Rev.**, vol. 33, 1980.

WEINSTEIN, Alvin S.; TWERSKI, Aaron D.; PIEHLER, Henry R.; DONAHER, William A. **Products liability and the reasonably safe product**: A guide for management, design, and marketing. [S. l.: s. n.], 1978.

WRIGHT, Richard W. The Principles of Product Liability, in Symposium, Products Liability: Litigation Trends on the 10th Anniversary of the Third Restatement, **26 Rev. Litig.** 1067 (2007).

# Aspectos destacados do procedimento da remessa necessária

*Pedro Miranda de Oliveira*

## Introdução

A remessa necessária, também chamada pela doutrina de reexame obrigatório, remessa *ex officio* ou duplo grau de jurisdição obrigatório, está prevista no art. 496 do CPC, o qual prescreve que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (I) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ou (II) que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

A remessa necessária não tem natureza jurídica de recurso por lhe faltar tipicidade (não está elencado no rol do art. 994 do CPC), voluntariedade (a remessa é feita pelo próprio juiz, sem manifestação do vencido), tempestividade (não há prazo para a remessa), dialeticidade (independe de apresentação de razões recursais e por isso fica prejudicado o contraditório), legitimidade e interesse em recorrer (o juiz não é parte legítima, tampouco tem interesse em recorrer) e o preparo (que inexistente na remessa).

Trata-se de condição de eficácia da sentença, pois a revisão da decisão pelo segundo grau de jurisdição é requisito necessário para o trânsito em julgado da decisão (CAMARGO, 2018, p. 67-113, esp. p. 68; DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 176)<sup>182</sup>.

## 18.1 Cabimento

O instituto se aplica às decisões de mérito proferidas contra a União, os Estados, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, aqui também incluídas as agências por serem autarquias especiais, excluídas as empresas públicas ou sociedades de economia mista (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 177-8). Em suma, decisões de mérito proferidas em desfavor do Poder Público estarão sujeitas ao reexame necessário (CAMARGO, 2018, p. 67-113, esp. p. 78).

O § 1.º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009, porém, estabelece que haverá remessa necessária se houver a concessão da segurança, independentemente da condição da parte que ocupa o polo passivo da demanda, ainda que se trate de empresa pública ou sociedade de economia mista (CUNHA, in ARRUDA ALVIM WAMBIER et al., 2016, p. 1394-1402, esp. p. 1397). Há ainda outras hipóteses previstas em legislação esparsa, como a remessa necessária em caso de sentença que concluir pela carência de ação ou pela improcedência em ação popular, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/1965.

Assim, qualquer decisão de mérito proferida contra a Fazenda Pública, tenha ou não conteúdo econômico, há de se submeter à remessa necessária, ressalvadas as hipóteses de dispensa que constam dos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 179). As referidas hipóteses de dispensa do reexame necessário se dão de acordo com o valor da condenação imposta à Fazenda Pública ou o fundamento da sentença, conforme se verá a seguir.

## 18.2 Procedimento

### 18.2.1 Análise da admissibilidade da remessa

*Assim como incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos*

<sup>182</sup> Em sentido contrário, porém, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha entendem que o reexame necessário tem natureza jurídica de recurso de ofício, pois nele há provocação e impugnação, assim como nos recursos, sendo que o impulso é feito pelo juiz em sentença e ocasiona a incidência da norma que impõe a impugnação (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, p. 176).

da decisão recorrida<sup>183</sup>, também deve o relator não conhecer do reexame de sentença à qual a lei não impôs tal condição de eficácia — evitando assim a tramitação desnecessária do processo nos tribunais —, bem como do reexame que estiver prejudicado.

De início, ressalta-se que a terceira hipótese prevista no art. 932, III, do CPC, acerca de ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão, é inaplicável ao reexame necessário, por não se tratar de recurso e não ser exigido o requisito da dialeticidade, já que a remessa independe de apresentação de razões recursais.

Como apontado no item anterior, existem algumas hipóteses em que a sentença estará dispensada do reexame necessário, casos nos quais, não havendo interposição de recursos, a sentença transitará em julgado e passará a produzir todos os seus efeitos.

O § 3º do art. 496 do CPC determina que não haverá remessa obrigatória quando a condenação ou o proveito econômico da causa for inferior a: (i) mil salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (ii) quinhentos salários mínimos para os Estados, Distrito Federal, suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e capitais dos Estados; (iii) cem salários mínimos para os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. Isso, é claro, para as condenações líquidas e de valor certo, às sentenças ilíquidas proferidas contra a Fazenda Pública não se dispensa o reexame necessário, ao menos não por este critério (CAMARGO, 2018, p. 67-113, esp. p. 80).

Por outro lado, independentemente do valor da condenação, seja líquida ou ilíquida, o § 4º do art. 496 prevê os casos em que a sentença, por estar fundada em certos padrões decisórios, não está sujeita à remessa necessária. Assim, se a sentença proferida contra a Fazenda Pública estiver fundada em (I) súmula de tribunal superior, (II) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, (III) entendimento firmado em IRDR ou IAC, ou (IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, haverá dispensa do reexame necessário.

Ao proferir uma decisão que se enquadre nas hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 496 do CPC, o juiz deverá determinar, expressamente, a remessa do processo ao tribunal ao qual esteja vinculado. Caso haja omissão, poderá o presidente do tribunal, de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes, avocar os autos e determinar sua distribuição a um relator que ficará responsável pelo trâmite do processo no tribunal,

<sup>183</sup> “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;”

nos termos do art. 496, § 1º, parte final, do CPC (ZENKNER, in DIDIER JR., 2016, p. 441-454, esp. p. 444). Poderá, ainda, o próprio juiz suprir a omissão, de ofício ou a requerimento, e determinar a remessa dos autos a qualquer momento.

Há ainda outra maneira do reexame necessário chegar ao tribunal. Se o juiz, fundamentadamente, declarar na sentença que há dispensa de reexame naquele caso, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 3º e 4º do art. 496 do CPC, e houver discordância da Fazenda Pública, esta poderá interpor recurso de apelação e expor em suas razões recursais os motivos pelos quais aquela decisão merece ser objeto de reexame necessário (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 189). Assim, o processo seguirá ao tribunal, em razão da interposição de recurso, porém colocará também a hipótese de reexame necessário sob o crivo do tribunal.

Em todos os casos acima, deverá o relator, após a distribuição do processo, analisar o cabimento do reexame necessário, verificando se de fato a decisão proferida se encaixa nos casos previstos nos incisos I e II e ao mesmo tempo não está contida naqueles previstos nos §§ 3º e 4º, todos do art. 496 do CPC.

Desse modo, se os autos forem equivocadamente remetidos ou avocados ao tribunal nos casos em que proferida sentença enquadrada nas hipóteses de dispensa, deverá o relator, desde logo, inadmitir a remessa monocraticamente, com fulcro no art. 932, inciso III, do CPC. “O relator, desta forma, exerce um juízo de admissibilidade, uma vez que a matéria não poderá ser devolvida (em sentido pleno) ao tribunal” (CARVALHO, 2004, p. 229-247, esp. p. 240).

Ademais, a análise do enquadramento ou não da sentença às hipóteses de dispensa não exige grandes esforços interpretativos, pois os requisitos estão expressamente dispostos no art. 496, §§ 3º e 4º, do CPC, não reclamando, portanto, manifestação de todo um colegiado, com a ocupação de espaço em sessão de julgamento que poderia ser melhor utilizado para o julgamento de outro processo.

Da mesma forma, as hipóteses previstas nos incisos do art. 927, para além daquelas também previstas no § 4º do art. 496, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais, também são causa de dispensa do reexame quando a sentença estiver neles fundada, pois trata-se de padrões decisórios, os quais, pela própria dicção do caput do art. 927, devem ser observados pelos juízes e tribunais, entre estes o relator<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Sobre o art. 927 do CPC, o Enunciado 170 do FPPC assim dispõe: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Conforme coloca Luiz Henrique Volpe Camargo (2018, p. 67-113),

o rol de padrões decisórios descritos no § 4º do art. 496 não pode ser aplicado isoladamente, mas, sim, de forma integrada com o art. 927, que elenca lista mais ampla de padrões decisórios vinculantes, e que, por isso mesmo, também tem a força de dispensar a remessa necessária. Assim, a parcial falta de simetria entre o rol do § 4º do art. 496 com o rol do art. 927 não é fator de redução da força exercida pelos padrões decisórios descritos nos incs. I e V do art. 927. (Id., p. 108)

De outro lado, Fabiano Carvalho (2004, p. 229-247) levanta a hipótese do reexame necessário estar prejudicado, pois a Lei nº 9.469/1997 determina que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos em juízo, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (Id., p. 242). Assim, se houver acordo nesses casos, quando o processo já estiver no tribunal para o reexame necessário, deverá o relator não conhecer da remessa, por estar prejudicada.

Conclui-se, portanto, que caberá ao relator não conhecer do reexame necessário, com fulcro no art. 932, III, do CPC, sob duas perspectivas.

A primeira é pela inadmissibilidade do reexame necessário, quando estiver expressamente dispensado pelo § 3º do art. 496 do CPC, com fundamento no valor da condenação contra a Fazenda Pública, ou pelo § 4º do mesmo dispositivo, em razão da sentença estar fundada nos padrões decisórios ali elencados, quais sejam (I) súmula de tribunal superior, (II) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, (III) entendimento firmado em IRDR ou IAC, ou (IV) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público. Ainda em razão de sua inadmissibilidade, quando a sentença estiver de acordo com as hipóteses previstas nos incisos do art. 927 do CPC, ainda que não inseridas no rol do § 4º do art. 496 do CPC, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais. A segunda é por estar o reexame prejudicado em razão de acordo realizado entre as partes e homologado em juízo.

### **18.2.2 Apreciação do pedido de tutela provisória**

Assim como no caso de interposição de recurso de apelação contra sentença, nos casos de reexame necessário os efeitos da decisão ficam



suspensos até julgamento pelo tribunal. Na apelação fala-se de efeito suspensivo (art. 1.012, caput, CPC), enquanto no reexame a própria natureza jurídica do instituto impede, além do trânsito em julgado, a produção de efeitos imediatos da sentença.

A apelação, no entanto, não terá efeito suspensivo nas hipóteses elencadas no § 1º do art. 1.012 do CPC, casos nos quais o apelado poderá requerer a concessão de efeito suspensivo, nos moldes previstos no § 3º daquele artigo, desde que demonstrada *a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação*, conforme previsto no § 4º do mesmo artigo.

Não há expressa previsão legal para aplicação das hipóteses previstas no § 1º do art. 1.012 do CPC à remessa necessária, casos nos quais não haveria suspensão dos efeitos da sentença. Todavia, há casos em que mesmo com previsão de reexame necessário a sentença poderá gerar efeitos imediatos. O reexame necessário poderá impedir a produção de efeitos naqueles casos em que contra a sentença também caiba recurso com efeito suspensivo (ZENKNER, in DIDIER JR., 2016, p. 441-454, esp. p. 445). Caso contrário, se o recurso cabível contra a sentença tiver apenas efeito devolutivo, da mesma forma o reexame necessário não impedirá a eficácia da decisão (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 184).

Com efeito, a Lei nº 12.016/2009, em seu art. 14, §§ 1º e 3º, apesar de impor o reexame necessário a todas as sentenças que concedem a segurança, também prevê a possibilidade de execução provisória, com exceção dos casos em que for vedada a concessão de liminar (ZENKNER, in DIDIER JR., 2016, p. 441, 454, esp. p. 444). Ou seja, em mandado de segurança, quando proferida sentença concessiva, há previsão legal expressa de produção imediata de efeitos da sentença, a qual poderá ser objeto de execução provisória, ainda que haja interposição de recurso de apelação e reexame necessário.

Nessa situação específica, nasce a possibilidade daquele que está no polo passivo do mandado de segurança requerer ao tribunal responsável pela reanálise da sentença a concessão de efeito suspensivo, a fim de que a decisão não comece a surtir efeitos, à semelhança do que prevê o art. 1.012, § 4º, do CPC, para o caso de apelação.

Além da suspensão de segurança, é possível pedir ao relator da remessa necessária a concessão do pretendido efeito suspensivo. Aqui há de se aplicar, por analogia, o disposto no § 3º do art. 1.012 do CPC. A remessa necessária, que é um recurso de ofício, rege-se, por analogia, pelas normas aplicáveis à apelação. Na remessa necessária, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao tribunal, no período compreendido entre a prolação da sentença e a distribuição da remessa, ficando o relator designado para seu exame preventivo

para julgá-la. Se a remessa necessária já tiver sido distribuída, o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser formulado por requerimento dirigido ao relator. Ressalta-se que o pedido de efeito suspensivo e a suspensão de segurança, por terem fundamentos diversos, são medidas iguais e simultaneamente cabíveis, sendo que um pedido não impede o outro (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 185).

Desse modo, caberá ao relator analisar em sede de reexame necessário de sentença concessiva de segurança o pedido incidental de concessão de efeito suspensivo, formulado por eventual prejudicado em execução provisória, com espeque no poder definido no art. 932, II, do CPC.

### **18.2.3 Intimação do Ministério Público**

Conforme previsto no art. 178, caput e incisos I, II e III, do CPC, o Ministério Público deve ser intimado para intervir como fiscal da lei nas hipóteses legais – como por exemplo no mandado de segurança –, ou constitucionais, e nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz, e litígios coletivos pela posse de terra urbana ou rural.

Nesses casos o Ministério Público deverá ser intimado de todos os atos do processo, pois a falta de intimação nos casos de intervenção obrigatória acarreta vício na forma do processo, o que poderá levar à invalidade dos atos processuais praticados a partir do momento em que o Ministério Público deveria ter sido intimado, caso haja prejuízo (art. 279) (SILVEIRA, 2020, p. 125).

Em sede de reexame necessário a referida intimação é imprescindível, pois sempre haverá interesse público nas demandas cujas decisões de mérito estão submetidas ao reexame, em razão da presença no polo passivo da demanda de algum ente do Poder Público. Ainda que tenha havido manifestação do *Parquet* em primeiro grau de jurisdição, deverá ser intimado também o Ministério Público em segundo grau de jurisdição, a fim de manifestar-se especificamente sobre o reexame necessário.

### **18.2.4 Julgamento do mérito da remessa**

Logo que adveio a Lei nº 9.756/1998, a jurisprudência do STJ vacilou quanto à aplicação do art. 557 do antigo CPC/1973 à remessa necessária. O posicionamento dominante era no sentido de que

“o ‘novo’ art. 557 do CPC/1973 alcançava os recursos arrolados no art. 496 do CPC/1973, bem como a remessa necessária prevista no art.

475 do CPC/1973. Por isso, se a sentença estivesse em consonância com a jurisprudência do tribunal de segundo grau e dos tribunais superiores, poderia o próprio relator efetuar o reexame obrigatório por meio de decisão monocrática”<sup>185</sup>.

Entretanto, subsistia o entendimento de que “a extensão normativa do disposto no art. 557, CPC é limitada em havendo necessidade de exame da remessa de ofício, procedida pelo colegiado”<sup>186</sup>.

Essa última posição enfraqueceu-se em detrimento da primeira, o que culminou na edição da Súmula nº 253 do STJ, com o seguinte teor: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Já sob a vigência do novo Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha também defendem que “a remessa necessária pode ser julgada apenas pelo relator, se configurada uma das hipóteses relacionadas no art. 932, IV e V (Súmula STJ, nº 253)”, sendo que a Súmula nº 253 do STJ se mantém, apenas com a alteração do número do dispositivo legal, pois o art. 557 era o equivalente ao atual art. 932 (DIDIER JR., CUNHA, in DIDIER JR., 2016, p. 169-191, esp. p. 184).

O art. 932, inciso IV, do CPC determina que cabe ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou a entendimento firmado em IRDR ou IAC.

A única hipótese de julgamento monocrático de mérito para manutenção da sentença (art. 932, IV, do CPC) que não está igualmente contemplada nas hipóteses de dispensa do reexame necessário com base em precedentes (art. 496, § 4º, do CPC) é a de sentença fundada em súmula do tribunal local.

Assim sendo, nos casos em que a sentença já estiver devidamente fundada em súmula dos Tribunais Superiores, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou, ainda, em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, a remessa estará dispensada, de acordo com o art. 496, § 4º, do CPC, devendo ser inadmitida monocraticamente, com fulcro no art. 932, III, do CPC, caso haja remessa equivocada dos autos ao tribunal.

---

<sup>185</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 155.656-BA, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 06/04/1998.

<sup>186</sup> STJ, 6ª Turma, REsp 153.300-AL, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 25/02/1998.

De outro lado, se a sentença estiver fundada em súmula do próprio tribunal local, não haverá dispensa da remessa necessária, pois não há esta previsão no art. 496, § 4º, do CPC ou no art. 927 do CPC, e caberá ao relator decidir monocraticamente o mérito do reexame, com fulcro no art. 932, IV, alínea *a*, do CPC.

Cabe ressaltar neste ponto que súmula do tribunal que autoriza o julgamento monocrático de mérito é somente aquela que versar sobre direito local, pois firmar entendimento sobre esta matéria é de competência do tribunal. *“Nessa linha, tem-se que súmula local sobre direito constitucional ou federal não faz incidir as alíneas ‘a’ dos incisos IV e V, do artigo 932 do CPC, devendo, portanto, a questão ser levada inexoravelmente ao órgão colegiado”* (SOUZA, AMARAL, in DIDIER JR., 2016, p. 225-249, esp. p. 236).

O fato de o tribunal local ter editado súmula sobre determinada matéria não dá ao relator poderes para negar provimento ao recurso, se o STJ, por exemplo, ainda não pacificou seu posicionamento sobre o assunto. Afinal, não tem sentido o relator, no tribunal de segundo grau, utilizar poderes monocráticos para ajustar uma decisão *conforme* a súmula local, mas *desconforme* com o posicionamento dos Tribunais Superiores.

Em outras palavras, haverá quebra de ordem constitucional, justamente em razão da usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Nem se diga que o texto da lei confere poderes ao tribunal local. Ao prever que possa o relator desprover recurso que confronte súmula do respectivo tribunal, a lei somente pode querer referir-se à hipótese de existir súmula que não colida com aquilo que também no STJ e no STF se tiver entendido como tal (WAMBIER, 2000, p. 84).

Portanto, a orientação prevalecente nas Cortes Superiores constitui pressuposto para o ingresso no exame de mérito em segundo grau de jurisdição, o que significa dizer que o relator não pode valer-se apenas da orientação sumulada do seu próprio tribunal. Isso, pela simples razão de que, se adotasse a jurisprudência local (contrária ao entendimento dos Tribunais Superiores), o relator estaria, obviamente, emitindo pronunciamento inútil, sob o ponto de vista prático. Mais ainda. A decisão será passível de reforma, acarretando à parte o ônus processual de interpor agravo interno e, eventualmente, recurso extraordinário e/ou especial, para fazer valer entendimento já sedimentado nas Cortes Superiores, e que deve prevalecer sempre.

Destarte, aplicando-se as previsões contidas nos arts. 496, § 4º, 932, IV, e 927, do CPC, temos que o reexame necessário, para além das hipóteses de inadmissão por decisão monocrática do relator já apresentadas em item anterior, deverá ser objeto de julgamento monocrático de mérito, com manutenção da decisão objeto de reexame, apenas quando a senten-

ça estiver de acordo com súmula do próprio tribunal em matéria local, pois em todos os demais casos de precedentes previstos no art. 932, IV, e no art. 927, a remessa necessária é dispensada, devendo portanto ser inadmitida de plano.

Como já mencionado, sob a vigência do CPC/2015 mantém-se o entendimento firmado na Súmula nº 253 do STJ, apenas com a alteração do número do dispositivo legal, pois o art. 557 era o equivalente ao atual art. 932.

Dessa maneira, assim como cabe ao relator, com fulcro no art. 932, IV, do CPC, negar provimento à remessa em decisão monocrática, cabe a ele também dar provimento à remessa monocraticamente, nos termos do art. 932, V, do CPC.

No caso de julgamento de recurso, há uma visível distinção entre os incisos IV e V do referido dispositivo legal. Apenas no inciso V, que trata da possibilidade de dar provimento ao recurso monocraticamente, há a obrigatoriedade de oportunizar ao recorrido a apresentação de contrarrazões. É que se o relator der provimento ao recurso, estará reformando a decisão impugnada, o que por certo exige prévia manifestação do recorrido, o qual será diretamente prejudicado pela decisão do relator. Já no caso de negar provimento ao recurso, estar-se-á mantendo a decisão, o que por certo não trará prejuízo ao recorrido, ficando dispensada a sua manifestação.

Todavia, no caso de reexame necessário, não há falar em contrarrazões em nenhum dos dois casos. É que, como também já dito, a remessa necessária não é recurso. Logo, não há razões recursais, o que leva também à inexistência de contrarrazões.

É certo que às partes não é vedado atuar durante o julgamento do processo. No entanto, em se tratando de reexame, o novo julgamento será realizado a partir da fundamentação constante nas peças processuais apresentadas durante a tramitação do processo em primeiro grau, como a petição inicial, a contestação, a impugnação à contestação e as razões finais, caso existentes (CAMARGO, 2018, p. 67-113, esp. p. 100).

Portanto, o relator poderá dar provimento à remessa monocraticamente, em decisão favorável à Fazenda Pública, sem a exigência de intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões, sem que isso implique em violação ao contraditório.

Verificado pelo relator que a sentença objeto de reexame é contrária a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência (IAC), deverá dar provimento à remessa de

forma monocrática para reformar a sentença, adequando-a ao parâmetro decisório aplicável ao caso.

Da mesma forma, as hipóteses previstas nos incisos do art. 927, para além das acima elencadas, previstas no art. 932, V, quais sejam decisão em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante e orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais, também devem servir como fundamento para o provimento monocrático da remessa, pois trata-se de padrões decisórios que devem ser observados pelos juízes e tribunais (entre estes, o relator).

De acordo com Hermes Zaneti Jr.,

o STF, quando decidir em recurso extraordinário (sempre pelo plenário) sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo, formará um precedente que se aplicará a todos os juízes e tribunais (art. 927, V). Também para o relator, como membro do tribunal, esse precedente será aplicável. O STJ, para além das súmulas, quando decide em matéria de lei federal infraconstitucional, por decisão da Corte Especial ou por matéria de especialidade de uma de suas Sessões, forma um precedente que vinculará todos os juízes e tribunais (art. 927, V), também vinculando o relator. (ZANETI JR., in NUNES, MENDES, JAYME, 2017, p. 288)

Assim sendo, se o relator está autorizado a proferir decisão unipessoal para dar provimento a recurso – ou à remessa necessária como defendido neste texto – com base nos padrões decisórios indicados no inciso V do art. 932, também deverá decidir monocraticamente com fundamento nos demais padrões decisórios previstos nos incisos I, II e V do art. 927.

Ressalta-se que o relator apenas poderá decidir unipessoalmente com base nos padrões decisórios citados para aplicar o entendimento firmado, reformando a sentença para adequá-la ao padrão. Se entender que o caso não se adequa à tese fixada nas decisões e súmulas referidas, deverá elaborar voto fundamentando a divergência e encaminhar o processo para julgamento pelo colegiado. O objetivo é promover de forma mais rápida e menos burocrática a proteção das teses firmadas naqueles padrões decisórios, e não permitir ao relator unipessoalmente divergir daqueles entendimentos.

Da decisão singular do relator caberá agravo interno (CPC, art. 1.021).

Não sendo o caso de julgamento monocrático, a remessa necessária será julgada pelo órgão colegiado, respeitando o procedimento previsto na ordem dos processos nos tribunais (CPC, art. 929 e seguintes). Do acórdão caberá recurso excepcional (RE e/ou REsp) para os Tribunais Superiores.

## Considerações finais

A análise desenvolvida neste ensaio reflete a importância de se aliar o estudo do processo civil ao exame das práticas arraigadas nos tribunais. O atual panorama, nesses seis anos de vigência do CPC/2015, reflete mudanças sensíveis no processamento dos meios de impugnação nos tribunais locais, a exigirem especial atenção.

Como já dizia Piero Calamandrei (1999), o problema da reforma das leis é, antes de tudo, *um problema de homens*, no sentido de que a estes cabe dar vida à nova lei. Em outras palavras, tal tarefa depende especialmente da inteligência e da boa vontade de “*duas categorias de pessoas, os magistrados e os defensores, que deverão ser, não só os custódios, senão os animadores, e, quase poderíamos dizer, os criadores do novo processo civil*” (p. 333).

Dessa forma, esperamos que os tribunais consigam extrair da norma objeto deste breve estudo o máximo de proveito, atingindo resultados capazes de responder aos anseios da sociedade brasileira.

Enfim, se o presente ensaio ensejar reflexão em torno do assunto, já terá atingido seu objetivo.

## Referências

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. v. 1. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 67-113, maio 2018.

CARVALHO, Fabiano. Os poderes do relator no reexame necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 115, p. 229-247, maio 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Da remessa necessária. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1394-1402, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 169-191, 2016.



SILVEIRA, Marcelo Augusto da. **Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas de impugnação no Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Harlen Marcelo Pereira de; AMARAL, Jasson Hibner. A importância para a Fazenda Pública do julgamento monocrático pelo relator: celeridade processual, segurança jurídica e eficiência na resolução de demandas em massa. A necessidade de interpretação restritiva do art. 932 do CPC/2015 enquanto perdurar o atual entendimento do STF sobre causa decidida em última instância. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 225-249, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000.

ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: RT, 2017.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, p. 441-454, 2016.



# Memórias de um mestrando dos anos 90, no cinquentenário do CPGD-UFSC

Ruy Samuel Espíndola

## I

Esse não é um ensaio jurídico e sim memorialístico. Memórias de um estudante de pós-graduação que viveu um rico período no hoje cinquentenário Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, entre 1992 e 1997. Esse período se iniciou no aniversário de quase 20 anos do CPGD, no ano de 1992. Eu já me encontrava na “lira dos 20 anos”<sup>187</sup>, o CPGD nela adentraria apenas em outubro de 1993<sup>188</sup>.

A memória contribui para o registro histórico. Agnes Heller, ao tratá-la, ensina-nos que “*a história trata do que acontece visto de fora, e as memó-*

---

<sup>187</sup> “Vinte anos! como tens doirados sonhos!” / “À estante pulvurenta. A roupa, os livros / Sobre as poucas cadeiras se confundem.” / “Faz-se noite; traz fogo e dois charutos / E na mesa do estudo acende a lâmpada...” Trechos do livro de poesias de *Álvares de Azevedo*, intitulado “Lira dos 20 anos”.

<sup>188</sup> O CPGD completou 20 anos em outubro de 1993, como registra Leonel Severo Rocha: “*O curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado, foi oficialmente instalado, em solenidade realizada às nove horas do dia 1º de outubro de 1973, em ato que contou com a presença do reitor Roberto*

*rias tratam do que acontece visto de dentro*<sup>189</sup>. E estamos a comemorar os 50 anos do Centro de Pós-Graduação em Direito da UFSC e comemorar é celebrar, festejar, evocando memórias.

## II

É uma alegria imensa participar de obra com o fim de enaltecer o cinquentenário do Centro de Pós-Graduação que me conferiu o título de Mestre em Direito. A UFSC, através de nosso CPGD, me inseriu no mundo acadêmico de modo muito alvissareiro, me apresentando mestres e amigos para a vida toda.

Sob os auspícios dos Mestres Edmundo Lima de Arruda Jr., Antônio Carlos Wolkmer, Olga Maria Boschi de Aguiar, Leonel Severo Rocha, Volnei Ivo Carlin, e os saudosos Professores Clovis de Souto Goulart (1926/2007), Índio Jorge Zavarizi (1931/2016), Osvaldo Ferreira de Mello (1929/2011), Ary Kardec Ferreira de Mello (1926/1993) e Cesar Luís Pasold (1945/2022), adentrei ao universo encantador do estudo, da reflexão, da pesquisa séria e rigorosa, com o determinado ânimo de participar no grande debate público no campo das letras jurídicas em solo pátrio e barriga-verde, e quiçá, como disse perante à banca de admissão, em fevereiro de 1992, respondendo ao Professor Leonel Severo Rocha, ao perguntar-me quais eram meus objetivos com os estudos de pós-graduação *strico-sensu*: contribuir à integração jurídico-cultural da América Latina.

## III

Sou muito grato e intelectualmente devedor desse grande celeiro de talentos, reconhecidamente no campo do Direito, que foi e é o CPGD da UFSC, para Santa Catarina, para o Brasil e para a América Latina. Escrever algumas notas de minhas memórias para tão altaneiros fins, enche-me de júbilo e me permite dar a conhecer um pouco da minha experiência com

---

Lacerda e do Primeiro Coordenador, então integrador do curso, Prof. Acácio Garibaldi S. Thiago, além de autoridades universitárias e alunos do Curso. Portanto, *neste ano de 1993, completamos 20 (vinte) anos de existência. O CPGD foi credenciado em 6 de outubro de 1978*. Tal credenciamento foi constantemente renovado até o momento, tendo o curso recebido da CAPES na maioria das avaliações o conceito máximo "A". *O Programa de Doutorado do CPGD iniciou-se em 04 de maio de 1984*, obtendo o seu credenciamento em 03 de agosto de 1988. [...] Cf. Leonel Severo ROCHA. "CPGD: Vinte anos de história". *Revista Sequência*, Nº 27, Ano 14, dezembro de 1993, p. 1-3, disponível na web: file:///Platao/www/arquivos/Re (ufsc.br), acesso em 21.01.2023, 11h55m.

<sup>189</sup> Cf. Agnes Heller, *apud* Eric HOBBSAWM. *Tempos Interessantes: uma vida no século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 482 p., p. 12.

esse grandioso templo do saber. Templo que completará meio século de existência neste outubro de 2023.

Desses 50 anos, convivi, direta e presencialmente, no CPGD e com seu corpo discente e docente, apenas 1 lustro, modestos 10% da profícua e prolífica era *cpgdina*. Mas muitos desses 10 lustros ufsquianos, antes, durante e depois de minha passagem por seus quadros discentes, influenciaram a minha vida e a de milhares de outros estudantes de pós-graduação brasileiros e estrangeiros. Isso, creio, me liga a todo o seu curso cinquentenário, como veremos, de um modo intergeracional, afetivo-intelectual, nestas linhas. É o que procurarei demonstrar, com palavras e memórias, despidas de grandes pretensões.

#### IV

O primeiro professor de minha vida universitária a falar-me sobre pós-graduação, Mestrado em Direito, CPGD/UFSC, e os ritos para tornar-me Professor nas Ciências Jurídicas, foi, justamente, um dos primeiros alunos do CPGD, integrante de uma das três primeiras turmas de Mestrado dos anos 1970, com defesa de dissertação realizada em 1980<sup>190</sup>, o saudoso Professor de Teoria Geral do Estado, Evaristo Paulo Gouvêa (1924/2007), que lecionou para mim no ano de 1987<sup>191</sup>, no bacharelado em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB).

Prof. Evaristo, mais sua primeira esposa, que fora também minha professora, de Direito Constitucional, Henny Mery Gouvêa (1928/2007), foi sua colega de mestrado, e, juntos, estudaram na UFSC, em nosso CPGD.

#### V

Influenciado pelo Mestre Evaristo, em meados de 1989, já cursando o 6º semestre do bacharelado, dirige-me de Blumenau para Florianópolis para conhecer as dependências do CPGD e colher mais informes sobre os procedimentos para eventual futura admissão em seus quadros discentes,

---

<sup>190</sup> Segundo o diploma de Mestrado subscrito pelo Reitor da UFSC, Dr. Ernani Bayer, em 26/08/1981, a defesa ocorrera em 02/10/1980, quando o Prof. Evaristo Gouvêa tinha 55 anos, pois nascera em 26/10/1924.

<sup>191</sup> Meu primeiro ano no curso, primeiro semestre. Cursei a graduação em Direito de março de 1987 a dezembro de 1991.

pois ainda não me encontrava convencido, se prestaria provas para UFSC ou USP<sup>192</sup>.

Fui recebido em gabinete pelo saudoso Professor Cesar Luiz Pasold e Dilsa Mondardo, respectivamente coordenador e secretária do CPGD, naqueles dias. Explicaram-me as datas de inscrição, a liturgia da seleção e entregaram-me precioso encarte que continha a nominata dos professores, a ementa das disciplinas, suas áreas de pesquisa, defesas já realizadas pelos mestres e doutores etc. Professor Pasold cursara o Mestrado com meu Professor Evaristo, foram colegas de turma.

## VI

Semanas depois dessa minha estada no CPGD, li o livro do Professor Horácio Wanderley Rodrigues, *Ensino Jurídico: Saber e Poder*, editado pela Acadêmica, em 1988, obra produto de uma dissertação de mestrado realizada no CPGD, monografia defendida nos anos 1980. Um livro que impactou, profundamente, meu querer na Ciência Jurídica, tanto pelo que me ensinou diretamente, quanto pelas obras que me sugeriu à leitura a partir de sua bibliografia. Por conta deste livro, li a obra do Professor Edmundo Lima de Arruda Jr, também sobre ensino jurídico<sup>193</sup>, igualmente fruto de dissertação e estudos feitos no CPGD.

## VII

Mas foi o encontro pessoal com ambos, Horácio e Edmundo<sup>194</sup>, ocorrido em junho de 1990, nas dependências da UFSC, por ocasião de Encontro Catarinense de Estudantes de Direito, que me fez decidir pelo CPGD-UFSC. Prof. Edmundo, inclusive, seria, dois anos depois, meu Professor nas cadeiras de Sociologia Jurídica e de Direito Alternativo, no Mestrado. E Horácio, durante o Mestrado, convidara-me para dar aulas aos seus alu-

---

<sup>192</sup> A USP era, naqueles idos, a grande matriz que fornecia o majoritário contingente de juristas que produzia a maior parte do material bibliográfico e manualístico consumido nos cursos jurídicos de então, assim, seria natural, que um graduando em Direito, ainda sem grande juízo crítico na Ciência Jurídica, reproduzisse o senso comum sobre o mítico centro paulista de formação de professores.

<sup>193</sup> ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. *Ensino Jurídico e Sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989 e ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima *Advogado e Mercado de Trabalho: um ensaio sobre a crise de identidade socioprofissional dos Bacharéis em Direito no Brasil*. Campinas: Julex, 1988.

<sup>194</sup> Eu imaginava, que, por serem escritores, deveriam ser provecctos, homens acima dos 60 anos, todavia, eram jovens na casa dos 30, o que me deixou muito impressionado, positivamente.

nos de graduação, enfocando temas de *Teoria Geral do Processo*, uma das minhas diletas áreas de leitura.

## VIII

Ainda cursando o 9º semestre da Graduação me inscrevi para as provas de seleção ao Mestrado, declarando que desejava pesquisar em “Teoria e Filosofia do Direito”, sobre o tema “Leitura Jurídica”, influenciado, entre outras obras, pelas de Horácio e Edmundo, hoje professores já jubilados da UFSC.

## IX

Minhas aulas de graduação na FURB findaram em 13/12/1991, sexta-feira. Nesse dia letivo, em seus últimos minutos, estava eu a apresentar, oralmente, para meus colegas de turma, na cadeira de “Análise de Jurisprudência”, trabalho sobre “Controle de Constitucionalidade”, baseado no livro de José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo Constitucional*<sup>195</sup>, e, num artigo de Ernani Fidelis dos Santos<sup>196</sup>, que tematizava o controle de constitucionalidade na CF 88.

Esse meu último exercício de bacharelado, renunciou, de alguma forma, os caminhos investigativos que adotaria durante o Mestrado e em sua dissertação, e as opções em minha carreira, seja na docência, seja na advocacia.

## X

Fevereiro de 1992 foi intenso para o então jovem de 24 anos: no dia 03 fizera a prova oral no CPGD; no 06 a prova escrita; no 22 colara grau na FURB; em 26 o resultado de aprovação para o Mestrado UFSC.

Na banca de admissão, indagaram-me os Professores Doutores Cesar Luiz Pasold, Volnei Ivo Carlin e Leonel Severo Rocha. Os dois livros exigidos às leituras para as provas de admissão foram o *Conceito de Direito*, de Herbert Hart<sup>197</sup>, indicado por Leonel, e *Teoria Política*, de John Gunnell, indicado por Cesar Pasold.

---

<sup>195</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406 p.

<sup>196</sup> SANTOS, Ernani Fidelis dos. “O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nov./1990, v. 661, p. 25-36.

<sup>197</sup> HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. [The concept of law]. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.

## XI

O Mestrado, iniciado em março de 1992, mostrou-me o lado mais encantador da Universidade: o voltado à pesquisa, ao estudo aprofundado, à reflexão e ao debate público. Meus colegas de pós-graduação eram demais dedicados e com uma cultura que ia além do Direito; nossos seminários eram muito exigidos e as cargas de leitura muito intensas.

O convívio com mestrandos que entraram *antes de mim*, Néviton Guedes, Jackson Azevedo, Paulo Vijande Pedroso; *que entraram comigo*, Paulo de Tarso Brandão, Antônio Carlos Brasil Pinto (1950/2019), Cristiano Araújo Paixão, Paulo Armínio Tavares Buechele (1965/2022), Katie Arguelo, Reinaldo Pereira e Silva, Sergio Roberto Lema, Valcir Gassen, Silvana Casagrande, Leilane Zavarizi, Anna Cristina Ferro Blasi, Paulo Márcio Cruz, Ariovaldo Ribeiro; e com *os que entraram depois de mim*, Argemiro Martins, Gustavo Ferreira Santos, Bráulio Benitez e Rafael Damaceno, entre outros, foi fundamental para meu amadurecimento intelectual, acadêmico e o descortinar de rumos para minhas pesquisas.

Néviton Guedes, Gustavo Ferreira, Paulo Buchele, Paulo de Tarso e Argemiro Martins, eram meus instigantes interlocutores em temas constitucionais.

## XII

Cursei, no primeiro trimestre letivo do Mestrado, as disciplinas *Teoria do Direito*, com o Prof. Leonel Severo Rocha, e *Teoria Política*, com o Prof. Cesar Luiz Pasold. Ambas eram cadeiras introdutórias para todos os mestrandos ingressantes em 1992.

Iniciaram comigo o curso de Mestrado, além dos 13 colegas acima nominados, Samanta Schantal Dobrowolski, Victor Laus, Juliana Neuenschwander Magalhães, Raul Santos Salvador, Brigitte Remor de Souza May, Alice Bianchini, Roberto Thomé, Cristiane Rosiqui (*in memoriam*), Daniela Nicola, Ricardo Soares Stersi dos Santos.

## XIII

O receio juvenil de não atingir os conceitos necessários à manutenção da bolsa da CAPES nos 30 meses seguintes, me fizeram, no primeiro trimestre, adoecer de estafa e sofrer depressão temporária, que durou quase dois meses. Isso muito me amadureceu sobre meus limites, capacidades e possibilidades.



## XIV

Estudávamos de segunda a segunda, de manhã a noite, e os encontros em aulas e seminários, mais o convívio e tertúlias com os mestrandos e graduandos que assistiam as aulas do Mestrado, eram riquíssimos. Nossas trocas intelectuais eram muito instigantes, tanto pelo diálogo, quanto pelas leituras dos textos fotocopiados, dos livros oriundos das bibliotecas do CPGD ou da biblioteca geral da UFSC, ou do acervo particular dos colegas. Tudo, para mim, se mostrava singular, algo que eu ainda não havia experimentado, mesmo tendo feito uma excelente graduação, com acesso há muitos livros, meus e da rica biblioteca da FURB. Mesmo com sol, quase o ano todo, e morando numa ilha, permanecíamos pálidos, sem tomar as cores próprias da pele exposta ao astro rei, com o vagar do lagarto.

## XV

No segundo trimestre do Mestrado cursei a cadeira de *Teoria Constitucional*, sob a regência do finado e preclaro Professor Clóvis Souto Goulart<sup>198</sup>. Durante a disciplina, Paulo Arminio Tavares Buechele, meu colega de mestrado, me apresentou o *Manual de Direito Constitucional*<sup>199</sup> de José Joaquim Gomes Canotilho, e Néviton Guedes deu-me ao conhecimento, do Mestre de Coimbra, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*<sup>200</sup>. A partir dessas leituras, mais a do *Manual de Direito Constitucional* de Celso Ribeiro Bastos e de outros autores que tematizavam “princípios constitucionais”, resolvi mudar minha área de concentração de estudos

<sup>198</sup> Professor Clovis Goulart era um perfeito cavalheiro, que, nos debates, para discordar dos seus alunos, pedia desculpas, de um modo elegante e verdadeiro. Uma figura singular, inesquecível, de um tempo docente que não tornará mais a dar sua graça. Um *homme de lettres* verdadeiramente liberal, tolerante, com capacidade para ouvir e aberto ao novo. Já era um senhor com seus mais de 65 anos naqueles idos (nascera em 13/11/1926 e falecera em 14/10/2007). A última vez que o encontrei, foi entre 2004 e 2006, estava eu dirigindo-me à Praça XV, Centro de Florianópolis, para engraxar meus sapatos, e estava ele na espera de fazer o mesmo. Sentamos lado a lado nas guarnições dos engraxates, ele ficará feliz em me rever; e conversamos por quase uma hora, revolvendo nossas lembranças da turma de mestrado e nossos debates. Tínhamos um colega, durante essas duas disciplinas, muito engraçado, inteligente e bonachão, Jackson Azevedo, que gostava de brincar, elogiando a elegância do professor, dizendo que muito agradecia a estada dele conosco, pois entendia que “pelo custo da gravata italiana”, “o preço do sapato de cromo alemão”, e “a opulência dos tecidos ingleses que compunham a indumentária do mestre”, “seria um favor de sua inteligência e uma bondade de sua fortuna, despende de seu tempo e elegância para conosco”. Professor Clovis ria-se feliz dessa pilhéria de Jackson, assim como toda a classe. Tenho saudades dele e de suas aulas. Uma grande personalidade que me oportunizou crescer e aprender sob sua luz. Deus o tenha em bom lugar.

<sup>199</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

<sup>200</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982. 539 p.

para *Instituições Jurídico-Políticas, Direito Público*, com concentração em Direito Constitucional, decisão reforçada na cadeira de Direito Constitucional Comparado, feita no terceiro trimestre de 1992, também sob a criteriosa regência do Professor Clovis de Souto Goulart.

## XVI

As disciplinas, as leituras e os seminários ao longo do Mestrado com enfoques constitucionais foram demais estimulantes para minha mudança de preocupação e interesse, que me fez migrar da área de Teoria e Filosofia do Direito para o Direito Constitucional. Inclinei-me, inicialmente, a fazer pesquisa sobre controle de constitucionalidade, fazendo ponte com o tema dos princípios constitucionais, para explorá-lo e saber se haveria peculiaridades hermenêuticas ou metódicas quando os juízos de inconstitucionalidade se fundassem em regras ou em princípios jurídicos estabelecidos na Constituição. Isso, também por inspiração de palestra de Tércio Sampaio Ferraz, no CPGD, em 1992, dissertando sobre “validade finalística” e “validade condicional” no Direito, o que me parecera demonstrar alguma “valia” na associação temática entre “princípios constitucionais e controle de constitucionalidade”.

Todavia, em meados de 1993, em reunião com o grande Prof. Clèmerson Mérlin Clève, por ocasião de sua palestra a Procuradores do Município de Florianópolis, na sede da Procuradoria Municipal, a convite do Professor Ubaldo Cesar Baltazar (também Professor do CPGD-UFSC), na presença amiga de Néviton Guedes, Clèmerson disse-me que eu deveria fazer o recorte de minha dissertação apenas com o tema dos princípios constitucionais, deixando de lado, naquele momento, o tema do controle de constitucionalidade, que me animara desde a graduação, já que o tema dos princípios constitucionais demandaria maior indagação frente ao do controle de constitucionalidade, pois carecia de estudos mais dilargados na Ciência Constitucional brasileira. Isso porque em torno do assunto *princípios constitucionais* quase nada havia de sistematizado e teórico para iluminar novas práxis, para uma compreensão constitucionalmente adequada, até meados dos anos 1990.

Segui, com rigorosa dedicação, o maduro conselho do inspirador constitucionalista paranaense e mergulhei no estudo dos princípios constitucionais, de sua teoria, elaborando projeto de dissertação que os investigaria.

Pronto o projeto, pedi a Néviton Guedes — para mim, até hoje, um dos maiores e mais sérios estudiosos de Direito deste País — que me desse opinião sobre a estrutura e conteúdo de meu projeto. Inicialmente, Néviton recusou ao argumento de que éramos apenas colegas de mestrado

e não cabia a ele fazer a crítica, mas ao meu professor orientador. Depois de muita insistência, Néviton concordou. Reunimo-nos, e Néviton, com seu peculiar modo de sério estudioso, fez crítica pontual, precisa, teórica e fundada ao meu projeto...

Há dois momentos em minha formação intelectual e de meu preparo para a pesquisa. Um antes da crítica de Néviton, outro depois... Suas palavras foram tão contundentes, incisivas, que fiquei mais ou menos uma semana aturdido! Mas me iluminaram, profundamente. Até hoje, sigo os seus primevos conselhos.

Néviton, em sua dissertação, infelizmente até hoje não publicada na forma de livro, tomou como marco teórico a doutrina de J.J. Gomes Canotilho e fez crítica muito adequada à doutrina da eficácia constitucional das normas constitucionais, na qual se destacava a obra do grande professor José Afonso da Silva<sup>201</sup>. Essa teoria se renovaria, em parte, com a contribuição de Luís Roberto Barroso<sup>202</sup>, com seu estudo sobre efetividade das normas constitucionais.

No seu trabalho<sup>203</sup>, Néviton fez a fundada crítica à doutrina nacional<sup>204</sup>, o que me influenciou, em termos metódicos, a fazer o mesmo em minha dissertação.

## XVII

Devo destacar *fato familiar-acadêmico* que se liga às minhas memórias *cpgedinas* que vão do Bacharelado ao Mestrado: na FURB, fui aluno do Professor Orlando Ferreira de Melo (1922/2004), na cadeira de Direito Penal Especial, no 10º semestre.

Professor Orlando era Mestre e Doutor pelo CPGD UFSC e irmão dos Professores do CPGD Ari Kardec Bosco de Melo e de Osvaldo Ferreira de Melo.

---

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. 258 p.

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 429 p.

<sup>203</sup> Lamentavelmente, esse trabalho de mestrado permanece inédito, não obstante minha insistência para que Néviton o publicasse. Penso que até hoje é o melhor trabalho sobre o assunto que se produziu no Brasil, como inéditos estão sua tese doutoral e tantos outros trabalhos seus. Ainda bem que ele escreveu por certo tempo a coluna "Constituição e Poder", no site Conjur, e aí podemos ver o quanto há de rico no pensamento deste constitucionalista "sem precedentes", no âmbito das letras jurídicas brasileiras.

<sup>204</sup> GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para Uma Crítica à Concretização das Normas Constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. 189 p.

Inclusive, em certa fase de suas trajetórias os três lecionaram na UFSC, e dividiram a mesma sala, como notícia Júlio César Machado Ferreira de Mello<sup>205</sup>.

Ari e Osvaldo foram meus professores no Mestrado, entre 1992 e 1993: Ari, na cadeira de “Direito Tributário”, Osvaldo, na cadeira de “Política Jurídica”.

Assim, destaco, que a família de Melo<sup>206</sup> e o CPGD, pelas pessoas desses três finados e dedicados professores, contribuíram, e muito, à minha formação universitária.

## XVIII

Naqueles idos, por causa do fértil convívio que orbitava o CPGD, conheci juristas proeminentes, de renome nacional<sup>207</sup> e internacional<sup>208</sup>, entre 1992 e 1996, especialmente nos encontros nacionais e internacionais de Direito Alternativo organizados em Florianópolis e alhures, com apoio do CPGD e seus professores, destacadamente pelo estímulo e oportunidades a mim conferidas pelo Professor Edmundo Lima de Arruda Júnior.

## XIX

O ilustrado Professor do CPGD, Doutor Antônio Carlos Wolkmer, que era meu dileto autor e conferencista desde a graduação em direito, sendo uma das minhas inspirações à docência, foi meu orientador de mestrado durante os anos de 1993 a 1996.

Foi Wolkmer o primeiro professor da cadeira *Direito Alternativo*, implementada em 1992, no CPGD/UFSC, tendo eu sido um dos primeiros alunos da novel disciplina ao lado dos colegas Valcir Gassen, Sergio Roberto Lema e Katie Argüelo Cáceres. Essa cadeira foi ministrada em conjunto com o Prof. Edmundo Lima de Arruda Jr.

---

<sup>205</sup> Nos seus livros biografias, Vida e Obra de Ari Kardec de Melo, Florianópolis, EMais e Livraria Jurídica, 2018, e no livro Apontamos sobre a obra Fundamentos da Política Jurídica de Osvaldo Ferreira de Melo, EMais, 2022.

<sup>206</sup> Trio de irmãos, intelectuais, que honraram e honram as letras jurídicas catarinenses.

<sup>207</sup> Roberto Aguiar, Calmon de Passos, Ovídio Baptista, Evandro Lins e Silva, Eros Roberto Grau, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Hélio Bicudo, João Luiz Duboc Pinaud, João Baptista Herkenhoff, Marcelo Neves, João Maurício Adeodato, Eduardo Karrion, Willis Santiago Guerra Filho, José Ribas Vieira, Albano Pepe, Jacinto Coutinho, Luís Fernando Coelho, Amilton Bueno de Carvalho, Rui Portanova, Agostinho Ramalho Marques Neto, Miguel Pressburger, Tarso Genro, Paulo Lôbo, Paulo Lopo Saraiva, Gustavo Tepedino, Magda Biavaschi, Menelick de Carvalho, entre outros.

<sup>208</sup> Alessandro Baratta, Oscar Corrêas, Victor Moncayo, Carlos Carcova, Raffaele de Giorgi, entre outros.

## XX

Minhas aulas no Mestrado, como afirmei, iniciaram em março de 1992, e minha última disciplina cursada no CPGD foi “Liberdades Públicas”, sob a regência do Professor Volnei Ivo Carlin, concluída em maio de 1994. Após essa data, entrei, com exclusividade, no período de elaboração da dissertação, que era mais flexível e justo à boa formação dos mestrandos, pois poderia se alongar por até 5 anos, como foi o meu caso.

## XXI

Entre o início das aulas (março de 1992), o término de curso das disciplinas obrigatórias e eletivas (maio de 1994), a defesa de dissertação (novembro de 1996), a entrega à secretaria do CPGD dos originais da dissertação corrigidos conforme sugestões da banca (março de 1997) e o recebimento do título de Mestre em Direito assinado pela Reitoria (julho de 1997), devo ainda registrar nestas memórias atividades acadêmicas marcantes, realizadas nas disciplinas do Mestrado, e outras desenvolvidas extra muros do CPGD pelo fato de ser mestrando.

A primeira, intramuros, no CPGD, foi no seminário sobre “Direito Penal Econômico”, realizada na disciplina *Direito Econômico*, sob a condução do finado Prof. Índio Jorge Zavarizzi, ocorrido na sala nº 1, da Pós-graduação em Direito, no Centro Socioeconômico da Universidade Federal de Santa Catarina, Campus Universitário Trindade, na data de 10/05/1993, entre as 19h e 22h.

A segunda, foi o seminário de *Direito Tributário*, realizado na disciplina “Teoria da Atividade Financeira do Estado”, sob a coordenação do finado Prof. Ari Kardec Bosco de Mello, na sala nº 2, da pós-graduação em Direito, na data de 08/04/1993, entre 9h e 12h.

A terceira, foi o seminário sobre “*O Termo ‘Liberdades’ na Expressão Liberdades Públicas – Reflexões Conceituais*”, realizado na disciplina *Liberdades Públicas*, sob a coordenação do Prof. Volnei Ivo Carlin, sendo no seminário expositor o finado Prof. Cesar Luiz Pasold, e, eu, seu debatedor. Evento ocorrido no salão nobre do Fórum de Justiça de Florianópolis, em 22/03/1994, entre 19h30 e 22h30.

E a última atividade que me apraz registrar nessas memórias, na qual estive mais preparado e que mais satisfação intelectual me trouxe, foi o seminário sobre *Direitos Fundamentais e Poder de Reforma da Constituição: o conceito dogmático constitucional de cláusulas pétreas*, realizado na disciplina de *Liberdades Públicas*, sob a coordenação do Prof. Volnei Ivo

Carlin, ocorrido no Salão Nobre do Fórum de Justiça de Florianópolis, na data de 10/05/1994, entre 19h30 e 22h30. Para esse dia, lembro, levantei bibliografia *lida* de 63 referências, entre artigos, monografias, manuais e obras de grande valor teórico.

E o tema constitucional desse último seminário fora muito oportuno, além de exigente, pois naqueles dias estávamos a testemunhar os debates parlamentares que resultaram nas Emendas Constitucionais de Revisão havidas entre março e junho de 1994, sendo que a ECR nº 1 fora promulgada em 01/03/1994, e as ECR nº 2 a 6, foram, todas, promulgadas em 07/06/1994. Assim, os temas dos limites constitucionais de revisão e cláusulas pétreas eram debatidos, constantemente, na imprensa, no parlamento e no meio acadêmico, e realizei o seminário entre a promulgação da primeira e das cinco últimas emendas de revisão.

Sendo ainda digno de registrar, a respeito desse período de reformas constitucionais pós-1988, que, na cadeira de *Direito Constitucional Comparado*, os estudos e debates conduzidos pelo Professor Clovis de Souto Goulart em 1992, que era um franco e notável parlamentarista<sup>209</sup>, enfocaram, em mais de um encontro, a forma de governo, “República ou Monarquia”, e o sistema de governo, “Presidencialismo ou Parlamentarismo”, já no âmbito dos debates públicos e parlamentares que iluminaram e antecederam a realização do plebiscito de 21/04/1993<sup>210</sup>, no qual votei para a manutenção do governo republicano e da forma presidencial.

De atividades extra muro, vale lembrar minha intervenção no painel sobre *Ensino Jurídico e Reforma Curricular*, assistida pelo Professor Edmundo Lima de Arruda Jr., promovido pelo Diretório Acadêmico Henrique da Silva Fontes-DAHSF, dirigido a todos os acadêmicos do bacharelado em direito, no Anfiteatro Central da UNIVALI, Campus Universitário de Itajaí, em 25/08/1992, às 19h.

Além disso, me é muito caro lembrar de duas aulas inaugurais dadas aos calouros do Curso Direito da Universidade Regional de Blumenau, a convite do Diretório Acadêmico Clóvis Bevilacqua – DACLOBE, quando diretora de eventos era a então acadêmica Quitéria Tamanini Vieira<sup>211</sup>:

---

<sup>209</sup> O Professor Clovis, no ano de 1995, lançou pela editora Sergio Fabris, de Porto Alegre, seu livro, no qual defendia suas ideais parlamentaristas e tratava das formas e sistemas de governo, intitulado *Formas e Sistemas de Governo*.

<sup>210</sup> 67.010.409 de eleitores compareceram às urnas, apenas 74,3% do colégio eleitoral: 86,60% votaram pela República e 13,40% pela Monarquia; 69,20% pelo Presidencialismo e 30,80% pelo Parlamentarismo, conforme “Plebiscito no Brasil em 1993 – Wikipédia”, a enciclopédia livre (wikipedia.org). Acesso em 21/01/2023.

<sup>211</sup> Hoje magistrada estadual em SC e que, anos mais tarde, tornou-se Mestre em Direito pelo CPGD-UFSC.

- no período matutino, sobre o tema *Estudar Direito: realidade teórica e prática dos Cursos Jurídicos e as exigências de defensibilidade da cidadania*, no anfiteatro da FURB, Campus Universitário de Blumenau, em 10/08/1993, às 8h;
- no período noturno, *A importância do Direito para a Sociedade: uma visão crítica*, no mesmo anfiteatro e dia, às 19h.

E o Seminário de Direito Constitucional, promovido pelo Centro Acadêmico XI de Fevereiro, nos dias 8, 9 e 10 de setembro de 1993, no qual tratei o tema “*Controle de Constitucionalidade*”, no anfiteatro do Centro Socioeconômico da Universidade Federal de Santa Catarina, no dia 09/09/1993, 8h30. E nos outros dias e em diferentes momentos expositivos, falei com meus colegas de Mestrado Néviton Guedes, Cristiano Araújo Paixão e Paulo Armínio Tavares Buechele. O seminário foi todo composto com essas quatro vozes do CPGD, na qualidade de mestrandos expositores.

Repetimos os quatro mestrandos o mesmo curso temático, mais em único dia, na Universidade Regional de Blumenau, em Curso de Extensão Universitária sobre “*Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos*”, no qual participei na qualidade de organizador e palestrante, com o tema de aula-conferência, ao meu encargo, intitulada *Introdução ao Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Noções Históricas, Classificações etc.* O evento ocorreu no auditório FURB, Bloco T, no dia 30/09/1994, entre 18h30 e 22h.

Estive no V Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho – CONAMAT, apresentando comunicação intitulada *Função Judiciária no Estado Contemporâneo: a questão da coletivização dos conflitos e do pluralismo jurídico*, em 13/05/1994, 16h30, no sexto andar, sala IV, do Centro de Convenções São José, em Porto Alegre/RS. Nessa data e local, conheci, pessoalmente, o famoso Professor José Joaquim Gomes Canotilho, que quase três anos depois viria a prefaciar minha primeira obra escrita. O trabalho apresentado naquela data havia sido produzido na cadeira de *Política Jurídica*, ministrada pelo Professor Osvaldo Mello, e resolvi aproveitá-lo.

E assim o fiz, mesmo atabalhado com as tarefas ligadas à dissertação, porque desejava, sobretudo, encontrar o Professor Canotilho e conhecê-lo, para o qual escrevi, antes do evento, longa carta, pedindo-lhe um tempo para conversar com alunos do CPGD, que eram, além de mim, Cristiano Paixão e Néviton Guedes, mais Milena Mello, então bacharelanda em Direito da UFSC, hoje Professora Doutora de Direito Constitucional na graduação e no Mestrado em Direito da FURB.

O encontro solicitado ao Professor Canotilho, nos foi concedido entre sexta e sábado daquela data, e foram mais de 9 horas de conversas acadêmicas, daí resultando proveitosa amizade, levando, alguns poucos



anos depois, tanto a ele prefaciou meu livro e citá-lo em suas obras, como a orientar Néviton Guedes em seu Doutorado em Direito desenvolvido junto a Faculdade de Direito de Coimbra, em Portugal.

Também participei como painelistas no VIII Encontro Catarinense de Estudantes de Direito, falando sobre *A defesa dos Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas: o controle de constitucionalidade sobre reformas inconstitucionais da Constituição*, em painel na companhia intelectual do meu colega de Mestrado Reinaldo Pereira e Silva e do então Professor Mestre Miguel Moacyr Alves Lima, também egresso do CPGD (anos 1980), e meu professor na graduação em Direito, nas cadeiras de Deontologia Jurídica e Hermenêutica Jurídica, painel ocorrido no Auditório da Reitoria da UFSC, em Florianópolis, no dia 02/09/1995.

E após a entrega dos originais da dissertação e antes da expedição de meu título de Mestre, houve minha participação no *II Encontro Sul Brasileiro de Estudantes de Direito*, sobre o tema *Alguns tópicos para compreender a crise de inaplicação das leis fundamentais brasileiras – A interpretação e aplicação da Constituição sem a pré-compreensão do Direito Constitucional*, em painel no qual se fizeram presentes Lênio Luiz Streck, Miguel Moacyr Alves Lima e Sérgio Cademartori, no auditório da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, em Florianópolis, em 19/04/1997, 20h30.

Necessário enfatizar que Lênio Streck<sup>212</sup> fez o Mestrado e Doutorado no CPGD-UFSC, entre os anos de 1980 e 1990, assim como Sérgio Cademartori fora aluno do mestrado e doutorado, e, ao depois fora professor do programa de pós-graduação em Direito da UFSC, tendo se aposentado Sérgio há alguns anos.

Sublinho o relevante fato de que em todos esses 8 eventos houve a participação de mestrandos e ex-mestrandos do CPGD, cursantes entre os anos de 1980 e 1990, ou seja, ingressos e egressos da segunda e da terceira década de sua feliz história de formação universitária para o Brasil e o mundo.

Quero lembrar ainda eventos que foram produzidos em torno de autoridades acadêmicas que eram professores no CPGD, precipuamente, o Prof. Edmundo Arruda Lima Jr., que foi a liderança intelectual que presidiu, a partir de Florianópolis, da UFSC — do Curso de Direito e do CPGD —, um importante movimento de instância crítica no Direito chamado *Movimento do Direito Alternativo*.

---

<sup>212</sup> Professor Lênio Streck, quando escrevo essas linhas, ocupa, com muita justiça e merecimento, os jornais do País, sendo referido como um entre os quatro preferidos juristas do Presidente Lula para ocupar uma das 02 vagas que serão abertas, nesse ano de 2023, no STF, com as futuras aposentadorias dos Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Eu, enquanto graduando e depois como mestrando, pude me fazer presente e muito modestamente atuante, ora em tarefas singelas, como acompanhar conferencistas em passeios pela Ilha de Florianópolis, recebê-los no aeroporto, ora tarefas mais destacadas, como presidir mesas em grandes eventos nacionais e internacionais, mesas nas quais estavam altíssimas autoridades nacionais ou internacionais da Ciência Jurídica. Pontuo que só depois que recebi, efetivamente, meu título de Mestre, após julho de 1997, é que me tornei palestrante desses eventos ligados ao Direito Alternativo.

Destaco quatro mesas inesquecíveis nas quais presidi o debate entre juristas de renome, juristas com os quais privei do convívio durante o evento, na mesa acadêmica, no café da manhã, nos almoços ou jantares na logística dos encontros ou em passeios pela Ilha. Presidências de mesa que me oportunizaram alvissareiras amizades e relacionamentos até hoje frondosos, tudo *no sistema solar* em que o centro gravitacional era o CPGD.

Registro a minha Presidência de Mesa acadêmica no painel *Direito do Trabalho e Neoliberalismo*, por ocasião do *I Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho*, com os grandes expositores internacionais: Prof. Dr. Victor Moncayo (Colômbia), Prof. Dr. Oscar Correias (México), Prof. Dr. Carlos Carcova (Argentina). Evento ocorrido no Salão de Convenções do Hotel Castelmar, em Florianópolis, em 03/09/1992, às 18h.

Registro também minha Presidência de Mesa no painel *Direito Constitucional e Democracia*, por ocasião do *II Encontro Internacional de Direito Alternativo*, com os grandes painelistas, hoje consagrados constitucionalistas, Luís Roberto Barroso<sup>213</sup> (RJ), Clèmerson Merlin Clève<sup>214</sup> (PR) e Néviton de Oliveira Batista Guedes (DF), no Salão de Convenções do Hotel Castelmar, em Florianópolis, no dia 30/09/1993, às 14h.

Outra Presidência de Mesa digna de lembrança foi a do painel *Direito Constitucional e Democracia*, por ocasião do *III Encontro Internacional de Direito Alternativo*, com os painelistas Prof. Dr. Willis Guerra Santiago Filho (Fortaleza - CE), Prof. Dr. José Ribas Vieira (Rio de Janeiro - RJ), Prof. Dr.

---

<sup>213</sup> Prof. Luís Roberto Barroso, naquele momento, era ainda Professor da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, vindo a ocupar o cargo de Ministro do STF apenas em 26.06.2013. Estive na sua posse, em Brasília, a seu convite, na companhia de dois amigos, egressos do Mestrado do CPGD, Ana Cristina Ferro Blasi, hoje Desembargadora do TRF4, e Samuel da Silva Mattos, atualmente Professor Vice-Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC.

<sup>214</sup> “Nos meses de fevereiro, março, abril e junho de 2015, e em janeiro de 2017, seu nome foi cotado pela imprensa para ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, nas vagas dos ministros Joaquim Barbosa e Teori Zavascki.” Fonte Clèmerson Merlin Clève – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org). Acesso em 29/01/2023.

Eduardo Karrion (Porto Alegre – RS), no Salão de Convenções do Hotel Cambirela, em 10/10/1996 às 14h.

E uma inesquecível mesa, que presidi, no painel *Direito Constitucional e Democracia*, por ocasião do *III Encontro Internacional de Direito Alternativo do Trabalho*, com os painelistas Prof. Gilmar Ferreira Mendes<sup>215</sup> e a então Juíza do Trabalho Magda Biavaschi, no salão de Convenções do Hotel Castelmar, em Florianópolis, no dia 15/05/1997, às 14h.

## XXII

Um fato curioso, que cabe seu registro nessas memórias, era que o Professor Clovis Goulart, para cada aula ou seminário que fosse dado, seguindo o cronograma da disciplina, pedia um fichamento sobre os textos lidos pelos alunos anteriormente a data de sua preleção. Assim nenhum aluno chegaria neófito em classe.

Para o seminário que tematizaria o *Conceito de Constituição*, eu me empolguei profundamente. Li dezenas de textos, entre artigos, monografias, manuais e, ao invés de manuscruver em fichas de papel, como fazia a maioria dos colegas, eu já pensando na futura dissertação, o digitei em arquivo de computador, que rendeu mais de 100 páginas impressas. Isso me custou 15 dias lendo e digitando os trechos selecionados. E o fiz em Blumenau, mesmo já morando em Florianópolis, pois estava no centro de informática da FURB, que ladeava a biblioteca daquela Universidade. Acabei faltando uma semana de aulas na UFSC, para realizar o “exagerado” fichamento. Fichamento que, inclusive, teve índice, e que me tomou, durante esses 15 dias seguidos, manhãs, tardes e noites.

Quando finalmente compareci às aulas do Professor Clovis para lhe entregar o fichamento sobre o *Conceito de Constituição*, eu já havia faltado a aula sobre *Poder Constituinte* e não trouxera o fichamento sobre esse assunto, eis que, o Conceito de Constituição ocupara-me plenamente.

Ao receber o meu fichamento o Professor Clovis, ao compulsá-lo, vendo o seu índice, a paixão com que eu me dedicara aquele tema, tendo eu lhe dito que faltara a aula anterior, para poder concluí-lo, disse-me, então, com um sorriso de satisfação docente e de estímulo ao aluno:

— Dr. Ruy<sup>216</sup>, não tenho por hábito relevar a não apresentação de trabalhos acadêmicos, e quando ocorre a falta, isso ocasiona, em

<sup>215</sup> Naquele momento, Gilmar Mendes exercia o cargo de subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (1996–2000), na Presidência da República, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, só vindo a tornar-se Ministro do STF em 20.06.2002.

<sup>216</sup> Prof. Clovis dirigia-se aos seus alunos com o tratamento de “Dr.”, ainda que fossemos apenas

regra, diminuição do conceito do pós-graduando. Mas, diante da prova irrefutável de sua dedicação à disciplina, comprovada pelo fichamento que eu até hoje nunca recebera nesse volume, vou relevar e manter o seu conceito. Continue se dedicando assim. O Direito Constitucional agradecerá.

## XXIII

Outros fatos dignos de nota eram os ricos e inesquecíveis encontros na casa do Professor Edmundo Arruda Lima Júnior, no bairro João Paulo, em Florianópolis. Uma bela e confortável morada, com varandas, piscina, churrasqueira e todos os apetrechos para bem receber seus convivas. Eram diálogos sobre sociologia jurídica, teoria política, teoria jurídica, regados a café, vinho ou cerveja e os deliciosos almoços ou jantares que o próprio Professor Edmundo produzia e servia aos seus convidados, alunos, colegas professores ou juristas eminentes.

Quando havia os congressos nacionais e internacionais de Direito Alternativo, altíssimas personalidades das letras jurídicas, que integram atualmente e já integraram o STF, lá se fizeram presentes para jantar, mas, sobretudo, para confraternizar e dialogar: entre ex-Ministros do STF, Evandro Lins e Silva<sup>217</sup> e Eros Roberto Grau<sup>218</sup>, e, entre os atuais Ministros, Gilmar Mendes, Edson Fachin<sup>219</sup>, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli<sup>220</sup>.

Claro que naqueles idos da década de 1990 apenas Evandro Lins e Silva tinha sido Ministro do STF, deposto autoritariamente, quando do AI-5, em dezembro de 1968. Os demais ainda viriam a ser empossados a partir da primeira década deste século.

## XXIV

Um outro dado que merece registro era o fato de que havia no CPGD uma sala de informática disponibilizada aos seus mestrandos, doutorandos e professores. Sala para que pudessem digitar seus trabalhos acadêmicos e imprimi-los, naquelas antigas impressoras matriciais, que se demoravam na impressão, com computadores com os antigos programas DOS, FÁCIL,

---

mestrandos. Era algo muito bonito e sincero, feito com empatia e alta consideração pelos alunos e pela relação pedagógica que ele desenvolvia com dedicação e muito respeito.

<sup>217</sup> Ministro do STF de 04/09/1963 a 16/01/1969, quando foi afastado, arbitrária e inconstitucionalmente, pelo AI-5, durante a Ditadura Militar brasileira.

<sup>218</sup> Ministro do STF de 30/06/2004 a 02/08/2010.

<sup>219</sup> Nomeado Ministro do STF pela Presidente Dilma Rousseff, tendo tomado posse em 16/06/2015.

<sup>220</sup> Nomeado Ministro do STF pelo Presidente Lula, tendo tomado posse em 23/10/2009.



lentos, cujo manejo, não raro, fazia com que incautos digitadores, como eu, perdessem, num único equívoco, tudo o que haviam digitado.

Eu era um dos assíduos frequentadores desta sala, na qual tínhamos oportunidade, mesmo de madrugada, de permanecer no prédio, desde que estivéssemos ocupados com trabalhos do CPGD. Embora na Universidade Regional de Blumenau, nos anos anteriores, 1990 e 1991, eu tivesse algum manejo de computador, era pouco e havia novos programas na UFSC, que exigiam novos conhecimentos e novos “orientadores” para as novas tecnologias.

Assim, recorro de que durante o ano de 1992, até setembro<sup>221</sup>, frequentei com assiduidade quase diária esta sala. E muito na parte da noite, estendendo-me madrugada adentro. Um dos responsáveis para gerir esta sala era o então doutorando Ayres José Rover, hoje professor do CPGD, que pesquisara, então, Direito e Informática, em seus estudos doutorais.

Mas eu, além de minha agenda acadêmica a conciliar, aproveitava a estada na sala de um colega que ingressara no ano anterior no Mestrado, Paulo Vijande Pedroso, gaúcho de Livramento/RS, que entendia muito dos novos programas e podia me socorrer quando necessário.

Lembro de muitas noites nas quais eu e Paulo, acompanhados de garrafa de água quente para abastecer sua cuia de chimarrão, atravessamos madrugadas digitando nossos fichamentos, *papers* e preparativos de seminários.

Muitas vezes, duas figuras que me são muito caras à lembrança e, especialmente, personalidades muito ilustres dos tempos contemporâneos dividiam comigo e Paulo Vijande a mesma sala, que era provida com cinco computadores e duas impressoras, ao que me recorro.

Uma delas era Luiz Henrique Cademartori, então mestrando, já no preparo final de sua dissertação, cujo prazo para a defesa estava na iminência de encerrar, e cujo orientador era o lendário Professor Doutor Luís Alberto Warat (1941–2010). Luiz Henrique, atualmente, é Professor Doutor do CPGD, tendo uma grandiosa contribuição na formação de vários mestres e doutores Brasil afora, irmão do grande Sérgio Cademartori, já referido nessas memórias, também aluno e professor do CPGD. Luiz Henrique, inclusive, veio a ser, entre 2015 e 2020, orientador de doutorado de meu sócio de escritório, Doutor Rodrigo Valgas dos Santos, também egresso do nosso CPGD e aluno de graduação da UFSC.

Outra figura eminente, estudiosa, rigorosa e modelar em seus trabalhos, de renome nacional e internacional, era o Professor Doutor Fernando

---

<sup>221</sup> Pois ganharia, neste mês, de presente de meu bom pai, um computador de mesa, contrabandeado do Paraguai, que era o caminho com que o mundo acadêmico se nutria de material de informática, pois tudo era muito caro se fosse comprado no Brasil.

Noronha, grandioso civilista luso-brasileiro, Professor da graduação da UFSC, que, em algumas dessas noites e madrugadas, estava conosco, redigindo as provas iniciais do que viria a ser o seu Manual de Direito das Obrigações, editado pela Saraiva. Ele, como um apaixonado homem de letras perdia-se no tempo, nos horários e, de quando em vez, aparecia sua esposa procurando-lhe, tarde da noite ou madrugada adentro, pedindo para que ele largasse a tarefa acadêmica e fosse descansar em casa. Algumas vezes, sua senhora, para ser mais persuasiva, aparecia acompanhada da bela filha do casal...

## XXV

Outro fato relevante, já passados saudosos 30 anos, eram minhas visitas à “República Gaúcha”, onde residiam mestrandos de diferentes períodos, especificamente quatro deles, figuras inesquecíveis, estudiosas, inteligentes, bem-humoradas e cheias de boas histórias, e que muito enriqueceram os quadros discentes do CPGD: Paulo Vijande Pedroso, ingresso em 1992, Argemiro Martins, Rafael Damaceno e Bráulio Benitez, em 1993. Moravam em casa no bairro Santa Mônica, a 2.000 metros do CPGD. E estavam próximos da residência do Professor Sérgio Cademartori, que também era do Rio Grande do Sul, Livramento, conviva, Professor e estimulador do grupo.

Tardes e noites memoráveis passei na companhia deste grupo, nesta República, no restaurante universitário, na cantina da faculdade, nas dependências do CPGD ou da UFSC, dialogando sobre os temas de estudos, das disciplinas, nossas pesquisas e leituras. Algumas vezes Néviton estava em nossa companhia.

Devo abrir parênteses, nas memórias do CPGD, que sempre fora bem provido intelectualmente de professores e alunos do RS, assim como do Nordeste: tenho muita admiração pelos nossos patrícios riograndenses, pela história do Rio Grande do Sul, sou fã de Érico Veríssimo, sua vida e sua obra. Inclusive, casei-me com uma bela gaúcha e com ela vivo felizes 25 anos de casamento, Andreia Maria Bocchi Cesar Espíndola, minha amada.

Nessa minha vida acadêmica sempre me impressionou a dedicação ao estudo, o amor ao Brasil e as capacidades intelectuais, sobretudo, de nordestinos e gaúchos. Nordestinos dos Estados do Ceará, João Pessoa, Alagoas, Pernambuco, Bahia, Piauí, Maranhão, que foram os estados dos quais conheci colegas de graduação, mestrado, doutorado e advocacia, conferencistas e escritores.

Com isso não olvido a importância de outras regiões do Brasil ou do meu Estado de Santa Catarina. Pontuo apenas, que na minha caminhada

acadêmica de três décadas e meia, de pesquisas e interlocuções neste plano, foram desses Estados do Brasil o maior contingente de pessoas que pessoalmente convivi e que me encantaram com seus amores *mundi* e saberes.

## XXVI

O último dado que preciso registrar era a interlocução que havia entre os estudantes de graduação e os mestrados, em especial, os ligados ao CAXIF, e ao PET, Programa Especial de Treinamento da CAPES.

Muitos dos graduandos de então, hoje famosos advogados, professores e magistrados, frequentavam as aulas do mestrado, e com muitos fizemos, eu e Néviton, grupos de estudos, estudos de Direito Constitucional, sobremodo: Marcelo Ramos Peregrino, Alexandre Moraes da Rosa, Mauro Prezotto, Orlando Silva Neto, Alexandre Karazwa Takaschima e Milena Petters Mello, entre os mais destacados.

## XXVII

Defendi a dissertação em 13/11/1996 perante banca constituída pelo Prof. Antônio Carlos Wolkmer, Prof. Dr. Miguel Moacyr Alves Limas e o saudoso Prof. Dr. Silvio Dobrowoski, como membros titulares, e como suplente o também saudoso Prof. Dr. Índio Jorge Zavarizi. A tese foi intitulada *“Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada”*.

Aprovada com distinção e louvor, conceito “A”, publiquei-a pela editora Revista dos Tribunais em outubro de 1998. Essa dissertação foi minha obra jurídica de estreia. Ela contou com apresentação de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>222</sup> e prefácio de Clèmerson Merlin Clève<sup>223</sup>. Clève fora também mestrando do CPGD UFSC, nos anos 80. Nela, realizei revisão da doutrina nacional sobre o assunto, a partir da contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho.

---

<sup>222</sup> A primeira apresentação do Mestre J. J. Gomes Canotilho feita em fevereiro de 1997, a um autor brasileiro, quando eu montava 29 e o grandioso Professor luso tinha 55 anos, a idade que tenho hoje ao escrever esse ensaio repleto de saudades.

<sup>223</sup> O grande Professor Clèmerson Clève, o conheci em 1990, quando eu ainda era graduando, por ocasião de conferência sua em encontro estadual de estudantes de Direito, na UFSC, encontro já referido nessas memórias. Ele assistiu a minha primeira conferência, ainda como estudante, em Teresina, Piauí, sobre leitura jurídica, durante o XIII Encontro Nacional dos Estudantes de Direito, em julho de 1991.



Para o dia da defesa, ocorrida no auditório do Centro Socioeconômico, convidei muitos colegas mestrandos e doutorandos do CPGD, colegas da FURB<sup>224</sup> e familiares. Deu-se na parte da manhã, entre 9h e 12h, e pude filmá-la com VHS. Anos depois, na minha última mudança, em 2011, nas caixas de transporte, uma se perdeu, e nela estava a fita VHS que eu iria transpor para DVD... Triste ter perdido o registo fílmico de um grandioso momento de minha vida e de um feliz momento de nosso CPGD!

Mais de 60 pessoas assistiram ao solene ato, com intervenções severas do ilustre e saudoso Prof. Dobrowolski. Meu pai estava presente, Ary Espíndola, meu irmão mais novo, Jaison Maurício Espíndola, e vários colegas do Mestrado, Paulo Armínio Buechele, Antônio Carlos Brasil Pinto, Juliana Magalhães, Katie Arguello Cáceres, o Professor Fernando Noronha, na primeira fila; meus sócios, Rodrigo Valgas e Alexandre Mendonça; o Professor Evaristo Gouvêa, entre outros.

O livro resultante da defesa da dissertação, no Brasil e em língua portuguesa, era, quando de seu lançamento, em outubro de 1998, a primeira monografia destinada a trabalhar, em termos teóricos, o tema dos princípios constitucionais: *livro gestado sob os auspícios e sob as luzes de nosso cinquentenário CPGD*. Tive a alegria de vê-lo introduzir no discurso jurídico nacional, depois de trabalhos não-monográficos de Willis Guerra<sup>225</sup>, Eros Roberto Grau<sup>226</sup>, Paulo Bonavides<sup>227</sup> e Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>228</sup>, as primeiras linhas monográficas sobre o rico tema, hoje popularizado e até mesmo *banalizado* em nossas academias e práticas forenses.

## XXVIII

Destaco ainda que tive a oportunidade de apresentar e/ou prefaciар livros fruto de quatro modelares trabalhos elaborados no CPGD, duas dis-

---

<sup>224</sup> Célia Bernardes, então acadêmica de Direito da FURB, hoje juíza Federal, filha do meu professor e hoje meu patrono na cadeira 14, da Academia Catarinense de Letras Jurídicas, Acácio Bernardes, fez-se presente.

<sup>225</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Ed. UFC, 1989. 111 p.; "Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade". RT, São Paulo: RT, n. 719, setembro de 1995; "Direitos Fundamentais: Teoria e Realidade Normativa". São Paulo: RT, n. 713, março de 1995.

<sup>226</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT, 1990. 336 p.; "Despesa Pública – Conflito de Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas – O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993. n. 02.; *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. 209 p.

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>228</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308 p.

sertações de mestrado e duas teses doutorais, no período compreendido entre 2006 e 2020.

Apresentei o livro do então Mestre (hoje Doutor e Professor do CPGD) José Sérgio da Silva Cristóvam, fruto de sua dissertação de Mestrado, orientada pelo Professor Doutor Sérgio Cademartori, intitulado *Colisões de Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, publicado pela Juruá, editora de Curitiba, no ano de 2006.

Prefaciei o livro do Mestre Luís Felipe Espíndola Gouvêa, fruto de dissertação de Mestrado, filho do meu saudoso Professor Evaristo Paulo Gouvêa, orientada pelo Professor do CPGD, Doutor Pedro Miranda de Oliveira, ilustre processualista catarinense. Livro intitulado *Precedentes Vinculantes e Meios de Impugnação no CPC/15*, editado pela Lumen Juris, do Rio de Janeiro, no ano de 2018.

Apresentei o livro do Doutor Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, fruto de tese doutoral, orientada pelo Professor Doutor Orides Mezzaroba, intitulado *Da Democracia de Partidos à Autocracia Judicial: o caso brasileiro no Divã*, editado pela Habitus, de Florianópolis, no ano de 2020.

E ainda apresentei, com magna satisfação, o livro do Doutor Rodrigo Valgas dos Santos, fruto de tese doutoral, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Henrique Cademartori, intitulado *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, já em 2ª edição, do ano de 2022, editada pela Revista dos Tribunais/Thomson Reuters.

## XXIX

A missão de edificar o *corpus* docente do País formando mestres e doutores que haverão de formar bacharéis, especialistas e novos mestres e novos doutores; a conspícua tarefa de alargar os campos do saber jurídico, político e filosófico, produzindo pesquisa séria, fundada e comprometida com a democratização do conhecimento e suas bondades; o afazer intelectual que procura ensinar, no Direito, as melhores práticas; alumiar as melhores opções legiferantes; aconselhar as melhores decisões público-administrativas; orientar as melhores medidas jurígenas a serem tomadas pelo corpo social ou pelos cidadãos individualmente considerados; o aprimorar de talentos e o encaminhar de vocações no universo das letras jurídicas — todas essas elevadas incumbências só podem ser desenvolvidas, asseguradas e perpetuadas por Órgãos do Saber de excelência moral e intelectual como o CPGD-UFSC, cujos gloriosos êxitos, nesses misteres todos, ao longo destes abençoados cinquenta anos, são absolutamente irrefutáveis e inesquecíveis aos olhos e à memória da República e da cidadania esclarecida e responsável.

São milhares os egressos que atuam pelo País e pelo mundo afora a comprovar e a perpetuar as glórias de nosso CPGD; glórias que se prolongam para muito além do tempo de formação e do momento culminante das defesas de dissertações e de teses doutorais; glórias que seguem glorificando e glorificando-se no pensamento, na ação e nas obras de seus mestres e doutores na ágora republicana, no debate público, na lida social, no cotidiano de nossas comunas, no labor das profissões jurídicas, no seio dos lares, no peito e na mente dos que leem, refletem, se entusiasмам, se animam, se despertam, pela palavra, escrita ou falada, dos homens e mulheres que transpuseram os umbrais desse templo da ciência jurídica: o CPGD-UFSC.

Sou apenas um desse milhares de cpgdinos ufsquianos investidos da missão de perpetuar a glória desses cinquentenários êxitos e conquistas.

Assim, além do período dos anos 1990 que procurei reconstruir, ao evocar minhas memórias de antigo mestrando, dou também prova desses êxitos gloriosos cpgdinos com alguns outros registros de meu modesto currículo; registros que se repetem, de variadas formas, nos currículos de milhares de outros colegas mestrandos e doutorandos; registros meus, nesses 31 anos transatos e felizes que conto do ano de 1992 até este ano de 2023; registros que se ajuntam aos cinquenta anos de vida do CPGD.

Como na *Parábola dos Talentos*, encontrável no *Evangelho de Mateus*, capítulo 25, versículos 14-30, apresento meus registros, como aquele “servo” que presta contas ao seu “senhor”, em sua casa, com responsabilidade e zelo, pretendendo com ele confraternizar, mostrando-lhe o que fez com *os talentos* que lhe foram confiados há 31 anos. Espero que, o meu “senhor”, o CPGD-UFSC, possa alegrar-se, e encontre, nesses dados, algum efeito multiplicador das riquezas a mim confiadas quando de minha admissão, em fevereiro de 1992, e de meu rito de passagem, a defesa de dissertação, em novembro de 1996.

Assim, início, perante meu “senhor”, o apresentar do que fiz, sob a sua honrosa e exigente incumbência acadêmica:

- a. entre 1994 e 2022, foram 56 turmas de alunos, entre bacharelandos e especializandos, para os quais ministrei aulas em disciplinas que gravitaram em torno do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional, do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral: essa a minha lavra propriamente de professor. E a exerci na Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina; na Escola Superior de Advocacia da OAB/SC e da OAB/PI; na UNIFEBE, CESUSC, UNOESC, FURB, UNISUL, UNIDAVI, UNIPLAC, entre outras instituições jurídicas e universitárias catarinenses e brasileiras.

- b. proferi, de 1992 até 2022, 252 conferências, no plano estadual, nacional e internacional, falando em Santa Catarina nas cidades de Araranguá, Florianópolis, Brusque, Joinville, Itajaí, Blumenau, São Miguel do Oeste, Balneário Camboriú, Fraiburgo, Caçador, Curitibanos, Biguaçu, Tijucas, Capinzal, São José, Santo Amaro da Imperatriz, Lages, Concórdia, Rio do Sul, Videira, Chapecó, Mafra, Nova Veneza, Xanxerê, Joaçaba e Criciúma; no Brasil, em Fortaleza/CE, Palmas/TO, Curitiba/PR, Ponta Grossa/PR, João Pessoa/PB, Cáceres/MT, Teresina/PI, Porto Alegre/RS, Pelotas/RS, Canela/RS, Erechim/RS, Uberaba/MG, Passo Fundo/RS, Caruaru/PE, São Paulo/SP, Natal/RN, Pato Branco/PR, Salvador/BA, São Luís do Maranhão/MA, Macéio/AL, Brasília/DF, Recife/PE, Rio de Janeiro/RJ, Cacoal/RO e Cuiabá-MT; e no exterior, Cidade do México, Santiago do Chile, Lima-Peru, Arequipa-Peru. Em todos esses lugares, falando *sobre temas ligados ao Direito Público, mormente o Direito Constitucional, o Direito Eleitoral, o Direito Administrativo e o Direito Penal*. No âmbito desses ramos da ciência jurídica tratei em seminários, painéis, congressos e conferências, sobre: Teoria da Constituição; Princípios Constitucionais; Direitos Fundamentais; Direitos Políticos (restrição e limites); Controle de Constitucionalidade; Poder Constituinte e Poder de Reforma; Interpretação Constitucional; Teoria da Norma Constitucional; Temas de Direito Constitucional Positivo e Temas de Direito Constitucional Geral; Atos e Processos Administrativos; Controle da Administração Pública; Processo Legislativo; CPI; e Controle Parlamentar dos atos administrativos; Impeachment; Princípios Constitucionais do Processo; Ações constitucionais típicas; Reclamação Constitucional; Improbidade Administrativa; Ações e Recursos Eleitorais; Elegibilidade e Inelegibilidade; Direito Constitucional Eleitoral; Processo Judicial Cível Eleitoral; Processo Penal e Constituição; Direito Penal e Garantias fundamentais; Democracia Constitucional; Democracia Representativa; Democracia Participativa; Partidos Políticos e sua configuração legal e constitucional; Leitura jurídica e ensino do Direito; federalismo sanitário; governos inconstitucionais e inconstitucionalistas; defesa do Estado Democrático; sobre a Vida e obra de Rui Barbosa.
- c. integro instituições de Cultura Jurídica: o Instituto Catarinense de Direito Administrativo, a Academia Catarinense de Direito Eleitoral e o Instituto dos Advogados de Santa Catarina; e, para minha subida honra, como membro vitalício, como imortal, a Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ, cadeira de n. 14, Patrono

- Acácio Bernardes, academia que conta, no ato fundacional, com três membros ilustres egressos do CPGD<sup>229</sup>, e a maioria de meus confrades, direta ou indiretamente, tem suas histórias docentes e discentes ligadas ao nosso Centro de Pós-Graduação cinquentenário.
- d. estou no rol de colaboradores oficiais da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, que era dirigida pelo Prof. Paulo Bonavides até seu falecimento em 2020, e com a Revista Interesse Público, dirigida pelo Prof. Juarez Freitas, este também egresso do CPGD, nele fez seu doutorado nos anos 1990.
  - e. advogo desde setembro 1994, mês seguinte ao término da bolsa da CAPES, sempre militando no foro judicial comum e especializado, do primeiro grau ao STF, passando pelo STJ, o TSE, o TRF4, o TJ/SC, o TRE/SC, o TRT, o TST; no foro administrativo, atuando em causas de natureza jurídico-públicas, de quando em vez no TCESC, no TCU e no CNJ; manejando ações de mandados de segurança, processos administrativos de diversas índoles, processos criminais, investigações judiciais eleitorais, recurso contra expedição de diploma, impugnação de mandato eletivo, ações populares, ações de improbidade administrativa, ações civis públicas ambientais, ações direta de inconstitucionalidade, mandados de injunção, ações rescisórias, ações em geral que tenham como fundo ou *a latere* o Direito Público, recursos em todos os graus de jurisdição, apelações, embargos de toda índole, recurso ordinário constitucional, recurso especial, recurso extraordinário, recurso especial eleitoral, reclamação constitucional; CPI's, Comissões Processantes para destituição de agentes públicos, processos ético-partidários, processos de fidelidade partidária, ético-disciplinares de servidores públicos e conselhos regionais de profissões regulamentadas, processo de indignidade para o oficialato, processos de julgamentos de contas públicas em Tribunal de Contas e Câmara de Vereadores etc; causas ambientais, formulação de pareceres, projetos de lei, regulamentos, projetos de emenda à leis fundamentais, reformas administrativas e legislativas, etc: essa a minha lavra advocatícia!
  - f. a grande instituição da cultura jurídica nacional, para a qual presto meus préstimos voluntários desde 1998, ininterruptamente, é a Ordem dos Advogados do Brasil. No plano da Seccional de SC exerci a Presidência da Comissão de Cidadania e integrei a Comissão de Cultura e Profissionalização, entre 1998 e 1999; fui membro da comissão de temário da Conferência Estadual dos Advogados de

---

<sup>229</sup>Acadêmicos, Professores Doutores, Cesar Luiz Pasold, José Isaac Pilati e Elizete Lanzoni Alves.

SC realizada em 1999, na cidade de Joinville; membro da Comissão de Estudos Jurídicos e Legislação entre 2010 e 2012; Presidente da Comissão de Direito Constitucional entre 2019 e 2021; e membro da Comissão de Direito Eleitoral da Seccional de SC, entre 20016 e 2019 e entre 2022 a 2024. Ainda, no plano Seccional da OAB/RJ, de forma honorífica, sou Membro Consultor Nacional da Comissão de Direito Constitucional, gestão 2022/2024, sob a presidência e convite da Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (UERJ). E no plano nacional sou membro consultor da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais desde 2013 até os dias presentes; fui membro da Comissão de Temário da XXI Conferência Nacional dos Advogados realizada no RJ, em outubro de 2014; presidi a Comissão dos Comemorativos dos 25 anos da Constituição Federal junto ao Conselho Federal da OAB, no ano de 2013; fui Secretário da Comissão Especial de Apoio à Emenda Constitucional de Iniciativa Popular, presidida pelo Prof. Paulo Bonavides (2007/2013); fui membro da banca examinadora da comissão nacional de exame de ordem, sessão de Direito Constitucional, II exame nacional de ordem, em 2011; da comissão recursal do XIII exame nacional de ordem, prova subjetiva, em junho de 2014; da 2ª fase do XVII Exame de Ordem Unificado, Direito Constitucional, em agosto de 2015.

- g. meus escritos alcançam, no período de 1998 até 2023, 150 publicações, em revistas impressas ou eletrônicas, em livros coletivos ou individuais, anais de congressos. São artigos jurídicos para academia ou para o grande público, crônicas jurídicas, pareceres, algumas peças processuais, discursos, conferências, apresentações, prefácios e posfácios. Tenho 20 livros publicados, quatro deles são obras de minha exclusiva autoria e 16 são obras coletivas, nas quais tenho a participação com um artigo.

O meu primeiro livro de autoria individual foi *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, em segunda edição esgotada há mais de 15 anos, publicado pela Revista dos Tribunais, no ano de 2002, com 288 p.; o segundo foi *Direito Eleitoral: a efetividade dos direitos fundamentais de voto e de candidatura*, publicado pela Habitus, no ano de 2018, com 179 p.; o terceiro *Princípios Constitucionais e Democracia*, Habitus, 2019, com 261 p.; o quarto, que está no prelo, será *Palavra e Memória – antologia de um Advogado e Professor: discursos, conselhos, apresentações, conferências, reminiscências e crônicas*, também pela Habitus, neste ano de 2023<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> Esse ensaio memorialístico também o integrará.



Minha primeira obra coletiva foi *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, Malheiros, 2003, organizada por George Salomão LEITE, com meu artigo *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas* (p. 254–293). Esse mesmo trabalho foi publicado na obra organizada por Volnei Ivo Carlin, *Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*, Florianópolis, editora Conceito, no ano de 2009 (p. 795–825).

O livro coordenado por Victor BAZÁN, *Derecho Procesal Constitucional Americano Y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, Tomo II, com meu artigo *Poder Judiciário Estadual e Competências Próprias à Jurisdição Constitucional no âmbito da Federação brasileira* (p. 1655/1664).

Na obra coordenada por Pedro Manoel ABREU e Pedro Miranda de OLIVEIRA, *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*, da editora Conceito, no ano de 2007, com meu artigo *A Constituição como Garantia da Democracia: o papel dos Princípios Constitucionais* (p. 401–411). Esse artigo também foi publicado nas seguintes obras: (i) na coordenada por Peter Häberle e Domingo Garcia Belaunde, *El Control Del Poder: homenaje a Diego Valades*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, no ano de 2011, tomo I, p. 719–734; (ii) na coordenada por Marcus Vinicius Furtado COELHO, *A Constituição entre o Direito e a Política: o futuro das Instituições – Estudos em homenagem a José Afonso da Silva*, Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, no ano de 2018 (p. 1035–1050).

Na obra coordenada por Gabriella ROLLEMBERG e Joelson DIAS, *Aspectos Polêmicos e Atuais no Direito Eleitoral*, Arraes Editores, no ano de 2012, com meu artigo *Abuso do Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral - as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”)* (p. 75–87). (i) Também publicado na obra coordenada por **Lênio STRECK e Nelson NERY JR.** *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*, **Revista dos Tribunais**, ano de 2017, p. 302–314; e (ii) na coordenada por Luiz FUX, Luiz Fernando PEREIRA, Walber AGRA, *Direito Constitucional Eleitoral*, Belo Horizonte, Fórum, ano de 2018, nas p. 323–335, do Tomo I, do “Tratado de Direito Eleitoral”.

Na obra coordenada por Marcus Vinicius Furtado COELHO, *Reflexões Sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*, Brasília, Alumnus /OAB, ano de 2013, com meu artigo *Justiça Eleitoral contra-majoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica* (p. 391–408). Artigo também publicado na obra organizada por Filomeno MORAES, Eneida Desirre SALGADO e Vânia Siciliano Aieta, *Justiça Eleitoral, Controle das Eleições e Soberania Popular*, Curitiba, Íthala, ano de 2016, p. 439–466.



Na obra coordenada por Eduardo LAMY, Pedro Manoel ABREU e Pedro Miranda de OLIVEIRA, *Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o novo CPC*, Florianópolis, Conceito, ano de 2012, há meu artigo, publicado em coautoria com Andréia Maria Bocchi Cezar Espíndola, intitulado *Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Legislação processual constitucional vigente e sugestões para sua reforma*.

No livro coordenado por George Salomão LEITE e Ingo Wolfgang SARLET, *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*, Juspodium, ano de 2011, com meu artigo *A Lei ficha limpa em revista e os empates no STF: as liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável* (p. 781–798).

No livro coordenado por Clèmerson Merlin CLÈVE, *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, V. I, Revista dos Tribunais, ano de 2014, com meu artigo *Democracia participativa: autoconvocação de referendos e plebiscitos pela População* (p. 1.264–1.279).

No livro coordenado por Lédio Rosa ANDRADE e Sergio GRAZIANO, *Em Nome da Inocência – Justiça*, Florianópolis, Insular, ano de 2017, com meu artigo *As Sirenes do Estado de Direito estão soando: o alerta do Reitor Cancellier, com sua trágica morte* (p. 103–115).

No livro organizado por Rodrigo MARTINIANO e Kamile CASTRO, *Direito Eleitoral no Estado Democrático de Direito*, Prefácio Ministro Dias Toffoli, Curitiba, Íthala, 2019, com meu artigo *Os Direitos Políticos Fundamentais nos 30 anos da Constituição brasileira de 1988: como o Brasil tem tratado os direitos de votar e ser votado?* (p. 69–76).

Esses são, com muito respeito e humildade, os *talentos*, as multiplicações das responsabilidades que me foram incumbidas pelo meu “senhor”, o CPGD, e que, espero, habilitem-me para estar nesta festa comemorativa de um glorioso meio século de beneméritas atividades.

### XXX

Essas notas de reminiscências pessoais, como se viu, cobrem, sobretudo, os anos 1990, mas ligam-me, pelos percursos acadêmicos de meus professores e colegas de ontem e de hoje do CPGD, intelectual, afetiva e espiritualmente à teia dos acontecimentos históricos ocorridos no plano do saber jurídico neste meio século de vida de um dos mais importantes Centros de Pós-Graduação em Direito da América Latina.

A cultura jurídica brasileira, liberal, democrática, lastreada com alteridade, pluralismo, diversidade, sensibilidade social e percepções humanísticas, preocupada com a institucionalidade republicana e com a processualidade da Democracia como projeto utópico sempre incompleto

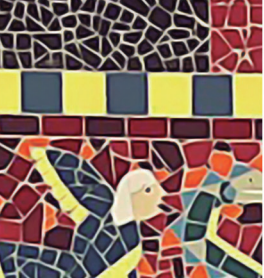
e inacabado, exigente de nossos melhores esforços morais e intelectuais para que sigamos avançando no horizonte da civilidade e da união entre os povos e de nosso povo, deve, deve muito a esse centro de irradiação de liberdade, igualdade, fraternidade no plano do saber jurídico, que é o nosso cinquentão CPGD!

A UFSC, insisto, pelo seu CPGD, é um farol, desde seus albores, a iluminar, pela sua produção acadêmica e intelectual, os destinos da brasilidade e da latinidade nos caminhos da humanidade que nos toca viver e fazer vicejar e prosperar para muito além de nosso tempo e das nossas circunstâncias.

O CPGD semeou e continua a semear, ao longo deste meio século, a semente do carvalho, pois, como nos lembra Rui Barbosa, *“uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo ao futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para o seu país, para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano.”*

Parabéns, Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina! Obrigado pela sua acolhida, em seu seio, deste antigo mestrando, nos anos 90! Obrigado pela sua vida acadêmica trilhada até aqui!

Oxalá esse cinquentenário se repita e se multiplique infinitas vezes, e que o CPGD atravesse os tempos carregando sempre a bondade de seus propósitos, a riqueza de seus professores e os inestimáveis produtos de sua apurada faina intelectual.



## **COORDENADORES**

José Sérgio da Silva Cristóvam  
Norma Sueli Padilha  
Ubaldo Cesar Balthazar

## **AUTORES**

Adriana Silva Maillart  
Bruno Teixeira Peixoto  
Carlos Henrique Machado  
Cristina Mendes Bertoncini Correa  
Daniel Deggau Bastos  
Denise Pinheiro  
Dóris Ghilardi  
Everton das Neves Gonçalves  
Gilson Wessler Michels  
Horácio Wanderlei Rodrigues  
Janaína Rigo Santin  
Jéssica Gonçalves  
Joana Stelzer  
João dos Passos Martins Neto  
José Renato Gaziero Cella  
José Rubens Morato Leite  
Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho  
Mariana Demetruk Marchioro  
Orides Mezzaroba  
Pedro Manoel Abreu  
Pedro Miranda de Oliveira  
Rafael Peteffi da Silva  
Ricardo Soares Stersi dos Santos  
Ruy Samuel Espíndola  
Sabrina Nunes Iocken  
Samuel Martins dos Santos  
Thanderson Pereira de Sousa  
Vera Regina Pereira de Andrade

