

200

anos



DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Organizadores:
Des. Saulo Versiani Penna
Des. Kildare Gonçalves Carvalho

EJEF | **TJMG**

200
anos



DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Organizadores:

Desembargador Saulo Versiani Penna

Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEF

Rua Raul Pompeia, n° 101, 7° andar, São Pedro, Belo Horizonte/MG
CEP 30330-080

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: cojur@tjmg.jus.br

Os conceitos e afirmações emitidos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

M614d MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

200 anos do direito constitucional brasileiro / Organizadores: Saulo Versiani Penna [e] Kildare Gonçalves Carvalho. -- Belo Horizonte: TJMG/EJEF, 2025.

944 p.

ISBN: 978-65-87273-10-5

1. Direito constitucional – Brasil - Coletânea. I. PENNA, Saulo Versiani (org.). II. CARVALHO, Kildare Gonçalves (org.). III. Título.

CDDir: 341.2

CDU: 342(81)

Ficha catalográfica elaborada pela
Coordenação de Biblioteca do TJMG - COBIB

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEf

Organizadores:

Desembargador Saulo Versiani Penna

Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho

200 ANOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Belo Horizonte

**Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
2025**



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior
Presidente

Desembargador Marcos Lincoln dos Santos
1º Vice-Presidente

Desembargador Saulo Versiani Penna
2º Vice-Presidente

Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima
3º Vice-Presidente

Desembargador Estevão Lucchesi de Carvalho
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargadora Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça
Vice-Corregedora-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF

Comitê Técnico da EJEJF

Desembargador Saulo Versiani Penna
Desembargador Maurício Pinto Ferreira (Superintendente-Adjunto)
Desembargadora Juliana Campos Horta de Andrade
Desembargadora Âmalin Aziz Sant'Ana
Desembargadora Maria Inês Rodrigues de Souza
Juiz de Direito Thiago Grazziane Gandra
Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas (DIRDEP):
Iácones Batista Vargas
Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental (DIRGED):
Thiago Israel Simões Doro Pereira

Produção Editorial

Gerência de Jurisprudência, Biblioteca e Publicações Técnicas – GEJUR
Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas – COJUR
Projeto gráfico, capa e diagramação: Carolina Camargo Garrido e
Éder Augusto Reis

Sumário

PREFÁCIO	13
APRESENTAÇÃO	17
NOTA DO ORGANIZADOR	21
COMISSÃO TÉCNICA	27
Ponto de partida: contexto histórico para os 200 anos de constitucionalismo no Brasil	29
Ives Gandra da Silva Martins	
Direito civil-constitucional: avanço ou retrocesso?	43
Adriano da Silva Ribeiro e Daniel Stefani Ribas	
O ativismo legislativo por meio das emendas orçamentárias e o paradigma constitucional emergente	63
André Ladeira da Rocha Leão e Roberto Almeida da Rocha Leão	
A mutação constitucional como mecanismo para a prática do ativismo judicial	95
Brena Beatriz Barbosa	
A Constituição de 1988 e o Direito Processual Constitucional: uma nova ordem democrática e um novo paradigma de processo na história do constitucionalismo brasileiro	113
Deivisson Alexandre e Reinaldo Daniel Moreira	
O conceito de constituição na modernidade: um estudo a partir da Revolução Francesa	141
Fernando José Armando Ribeiro	

O direito de propriedade na história constitucional do Brasil	165
Gabriel José de Orleans e Bragança	
Por uma compreensão processualizada do Estado Democrático de Direito	191
Gabriela Oliveira Freitas	
A participação constitucional democrática na administração pública e a busca pela consensualidade	207
Gina Chaves e Saulo Versiani Penna	
Ativismo judicial, separação dos poderes e a concretização de direitos fundamentais: a perspectiva minimalista de Cass Sunstein	231
Giovanni Galvão Vilaça Gregório e Izabella Alves Jorge Bittencourt	
Do povo, para o povo e pelo povo: a democracia sob a dogmática constitucional e estrutural do estado brasileiro	251
Guilherme Sabi de Mello Antunes e Sebastião Sérgio da Silveira	
Mandatos coletivos e compartilhados: uma análise sobre a constitucionalidade das candidaturas coletivas	285
Henrique Abi-Ackel Torres e Júlia Garcia Resende Costa	
Lineamentos sobre o Tribunal do Júri na história constitucional brasileira	309
Igor Alves Noberto Soares	
Acesso à justiça na perspectiva do neoconstitucionalismo e a contribuição dos meios alternativos de solução de conflitos para sua concretização	339
João Carlos Leal Junior	

A evolução do federalismo nos 200 anos do constitucionalismo brasileiro	371
Joemilson Donizetti Lopes e Thaissa Caroline Ferraz Silva Lopes	
A constituição e a primeira república	395
José Afrânio Vilela	
A prejudicial de inconstitucionalidade na evolução do direito brasileiro	413
José Marcos Rodrigues Vieira	
Análise da constituição de 1988 em suas relações com a constituição imperial	445
José Tarcízio de Almeida Melo	
O presidencialismo de coalizão: suas fraturas e crise da democracia	475
Júlio César Muniz e Paulo César Crivelaro	
Pós-modernidade constitucional e o direito notarial e registral	503
Kildare Oliveira Teixeira	
A evolução do Judiciário no Brasil ao longo dos 200 anos de constitucionalismo brasileiro	531
Lailson Baeta Neves	
A contribuição especial do Poder Judiciário à governança democrática	557
Leonardo Nemer Caldeira Brant e Rafael Dilly Patrus	
Poder constituinte originário: legitimidade e representação nas constituições brasileiras	595
Lílian Maciel Santos e Laura Campolina Monti	

O poder e a constituição	627
Luís Carlos Balbino Gambogi	
Populismo autoritário e interpretação constitucional: uma refutação à interpretação não democrática do artigo 142 da Constituição de 1988	649
Luís Gustavo Reis Mundim	
A inconstitucionalidade da tributação do ITCMD sobre os planos de previdência: plano gerador de benefício livre e vida gerador de benefício livre	673
Marcelo da Cruz Trigueiro	
O constitucionalismo brasileiro e o direito civil: constitucionalização ou codificação?	699
Marcelo de Oliveira Milagres	
Uma revisão da Constituição Imperial e os dois séculos de constitucionalismo brasileiro	719
Marcos Henrique Caldeira Brant	
A educação "ainda" é um direito social	737
Mardeli Maria da Mata	
Propriedade intelectual e inteligência artificial (IA): uma análise de paradigmas sobre autoria e responsabilidade legal na produção de obras geradas por IA	765
Matheus de Mendonça Teixeira	
O contencioso judicial do imposto sobre bens e serviços (IBS) deve ser retirado da justiça estadual e entregue à justiça federal? Existe alternativa mais célere, democrática e previsível!	783
Murilo Silvio de Abreu	

O assentamento de uma teoria do processo nas bases da carta constitucional de 1988	801
Paulo Rubens Salomão Caputo	
A constitucionalização do direito à saúde e a saúde na Constituição brasileira	839
Renato Luís Dresch e Róscio Corrêa Monteiro	
Direito Constitucional e a era digital: o constitucionalismo digital como resposta às demandas da sociedade 4.0	861
Rodrigo Martins Faria	
A constituição como logos	887
Thiago Brega de Assis	
A relevância dos limites materiais ao poder de revisão constitucional	917
Vinícius Miranda Gomes	

200
años



Prefácio

Desembargador Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

É com grande satisfação que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reforçando a importância do estudo da trajetória constitucional de nosso país, apresenta esta obra comemorativa dos 200 anos do Direito Constitucional brasileiro. Este marco bicentenário convida à reflexão sobre a evolução e o significado das diversas Constituições, forjados ao longo de dois séculos de transformações políticas, sociais e institucionais.

A Constituição da República é a pedra angular sobre a qual se assenta, dentre outros, o Poder Judiciário Nacional. Nela repousam os princípios que norteiam a atividade jurisdicional e garantem a ordem democrática e a proteção aos direitos fundamentais. Dessa forma, a presente coletânea assume relevância ímpar ao oferecer uma análise aprofundada dos institutos constitucionais, propiciando um rico debate acadêmico e prático sobre a matéria.

Registro, com especial reconhecimento, a atuação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEF, cuja dedicação e excelência acadêmica viabilizaram a organização desta coletânea. Destaco, em particular, o empenho de seu Superintendente e 2º Vice-Presidente do TJMG, Desembargador Saulo Versiani Penna, cuja visão e liderança foram fundamentais para a concretização deste projeto. A EJEF reafirma, assim, o seu compromisso com a difusão do conhecimento jurídico, contribuindo significativamente para a formação e o aprimoramento dos operadores do Direito em Minas Gerais e em todo o país.

Agradeço, ainda, a todos os autores que, por meio de suas contribuições, enriqueceram esta obra com análises criteriosas e instigantes. O material aqui reunido não apenas

documenta a evolução do Direito Constitucional brasileiro, mas também fomenta novas reflexões sobre os desafios e as perspectivas do constitucionalismo nacional.

Que esta leitura inspire novos estudos e contribua para o constante aperfeiçoamento da ordem constitucional brasileira, fortalecendo a concretização dos princípios e valores da Constituição Cidadã em nossa sociedade, sempre com o foco na edificação de uma sociedade mais justa e igualitária.

200
anos



Apresentação

Desembargador Saulo Versiani Penna

2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Pode-se afirmar que a história do constitucionalismo brasileiro é uma das mais ricas dos sistemas jurídicos do mundo contemporâneo. E o bicentenário do Direito Constitucional Brasileiro é a oportunidade ideal para refletirmos sobre a trajetória do ordenamento jurídico fundamental nacional e os desafios que ainda se impõem.

Desde a promulgação da Constituição Imperial de 1824, o constitucionalismo brasileiro tem se adaptado às transformações políticas, sociais e às complexidades de um Estado em constante evolução. A Constituição de 1824, primeira do Brasil independente e uma das mais longevas de sua época, já apresentava princípios fundamentais que antecipavam questões que se consolidariam nas ordens constitucionais posteriores.

O caráter vanguardista da Carta Imperial residia na instituição de um regime constitucional em um momento em que grande parte do mundo ainda operava sob estruturas absolutistas. A Constituição de 1824 também consagrou direitos civis essenciais e um sistema representativo que, mesmo com restrições, lançou as bases para o desenvolvimento das instituições democráticas no país. Essa experiência inicial de constitucionalismo permitiu que o Brasil transitasse por diferentes modelos institucionais, testasse e reformulasse suas estruturas de poder ao longo dos séculos.

A coletânea de artigos, que agora se apresenta nesta obra, busca exatamente explorar essa trajetória com profundidade e rigor crítico, reunindo temas sobre a evolução do Direito Constitucional no Brasil, sob múltiplos aspectos. São abordados os desafios do constitucionalismo nacional, a centraliza-

ção e descentralização do poder, estabelecimento de direitos fundamentais e as reformas constitucionais que caracterizam a história da nossa ordem jurídica.

E a sucessão de constituições, nesses dois séculos, demonstra não apenas um desenvolvimento normativo, como também um processo social e institucional de afirmação, próprio do povo brasileiro, na sua rica pluralidade e formação. Nesse tempo, o Brasil oscilou entre tentativas de modernização das instituições e desafios estruturais que se faziam necessários para a efetivação de princípios democráticos.

A iniciativa de abrir uma chamada pública para a submissão de artigos possibilitou contribuições de magistrados, acadêmicos e operadores do Direito de diversas regiões do país. O rigoroso processo de seleção, baseado em avaliação duplo-cega por especialistas, garantiu a qualidade científica dos trabalhos, a variedade de abordagens e permitiu aos leitores reflexão aprofundada sobre as alterações constitucionais do Brasil.

Dessa forma, esta coletânea não apenas homenageia os 200 anos do Direito Constitucional Brasileiro, mas se propõe a ser instrumento essencial para compreender os desafios e a importância de nosso sistema constitucional, notadamente na consolidação do Estado Democrático de Direito. Que esta obra inspire novas reflexões sobre os caminhos do constitucionalismo brasileiro.

Aproveito para expressar minha profunda gratidão ao Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho, que esteve comigo na organização desta obra, e a todos os autores que contribuíram com seus valiosos trabalhos, enriquecendo-a com seus ensinamentos, análises e adequados debates.

Agradeço, ainda, aos avaliadores e colaboradores, que, com dedicação e rigor acadêmico, participaram do processo de seleção dos artigos e asseguraram a qualidade do material aqui publicado.

Por fim, registro meu especial reconhecimento aos servidores da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

(EJEF) e à direção do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), na pessoa de seu Presidente, Desembargador Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior, pelo apoio institucional e pelo compromisso contínuo com a disseminação do conhecimento jurídico.

200
anos



Nota do Organizador

Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho

O Direito Constitucional Brasileiro, nos seus 200 anos de existência, por se referir à estruturação do poder político, seus contornos jurídicos, limites de sua atuação e aos direitos humanos fundamentais, tem sido marcado por avanços e recuos, relacionados a progressismo e conservadorismo, autonomia e heteronomia, liberdade e opressão, democracia e autoritarismo, igualdade e desigualdade, altruísmo e egoísmo, tolerância e intolerância.

Em sentido amplo, o Direito Constitucional tem como traços distintivos, que se refletem no constitucionalismo brasileiro: a supremacia (o Direito Constitucional se localiza no ápice da hierarquia da ordem jurídica); a transversalidade (o posicionamento hierárquico do Direito Constitucional implica traçar as grandes opções da comunidade política, relacionando-se com múltiplos temas necessários à convivência coletiva); a politicidade (tendo por objeto o estatuto do político, impõe, muitas vezes, aceitar que algumas decisões políticas sejam determinadas por critérios políticos, não controláveis juridicamente); a estadualidade (o Direito Constitucional é sujeito e objeto do próprio Estado); o legalismo (a produção de normas e princípios constitucionais é influenciada por uma concepção legalista); o fragmentarismo (o Direito Constitucional deixa muito de seus elementos para serem normatizados no âmbito de outros níveis regulatórios); a abertura (o Direito Constitucional não é um sistema normativo fechado, mas aceita complementariedade e recepções de outros ordenamentos, internacionais ou internos, sobretudo no âmbito dos direitos humanos fundamentais).

Numa perspectiva histórica, o Direito Constitucional Brasileiro conduz à releitura de programas políticos (da esquerda, do centro e da direita) e à abordagem de novos desenhos de

reconstrução das instituições políticas, o que leva à mudança de paradigmas mobilizadores da doutrina e jurisprudência ao longo dos dois séculos de nosso constitucionalismo, bem como da própria concepção de Constituição.

Se, por um lado, a substantivação excessiva da Constituição traz sérios riscos, como o esvaziamento da sua força normativa, perante a dinâmica social e política, por outro lado, o conceito formal de Constituição significa o regresso ao estado de direito formal, com desprezo dos elementos democráticos, sociais e republicanos, encobrendo um falso positivismo que consiste em eliminar dos textos constitucionais a sua dimensão material, que é o seu conteúdo legitimador.

Significativo, portanto, considerar que as normas que compõem as Constituições materiais, que tratam da estrutura do Estado, forma de governo, órgãos do poder, limites de sua atuação, independentemente de seu lugar na hierarquia normativa, isto é, estejam ou não tais normas no texto orgânico constitucional, podem aparecer em leis, decretos, usos e costumes, que conformam a realidade social e política do Estado, configurando a sua particular maneira de ser, a integrar o universo do ser e não do dever ser, do qual o direito faz parte.

Nesta quadra da história, o constitucionalismo brasileiro vem marcado por uma abertura ao neoconstitucionalismo, trazendo novos paradigmas e mudanças interpretativas no âmbito da própria teoria da Constituição, como o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do direito; adoção mais frequente de métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico; irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todo o direito infraconstitucional; judicialização da política e das relações sociais, com expressivo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

A compreensão do Direito Constitucional brasileiro passa, necessariamente, pelo conhecimento da nossa história constitucional. Vale salientar, a propósito, que, do ponto de

vista formal, menciona-se, entre nós, a existência de sete Constituições: a de 1824, no alvorecer da Independência; a de 1891, que implantou a república e a federação; a de 1934, tida como uma Constituição de transição; a de 1937, quando ocorreu o eclipse do constitucionalismo brasileiro; a de 1946, que redemocratizou o país; a de 1967, que deu fisionomia ao golpe militar de 1964; e a Constituição de 1988, uma Constituição de princípios, de direitos fundamentais e de justiça social.

No contexto histórico das Constituições brasileiras, tem-se considerado a existência de atos de natureza constitucional, ou seja, atos normativos com traços de poder constituinte, porém, muitas vezes, usurpadores da soberania popular, autênticas Constituições materiais, que ocuparam o topo da pirâmide hierárquica brasileira, durante certo lapso temporal, tais como a Carta Provisória, outorgada pelo Decreto nº 1938/1930; a Lei Fundamental, com roupagem de Ato Institucional, outorgada por um triunvirato militar, em 1964; a Carta Autoritária (Ato Institucional nº 2/1964); a Carta Ditatorial (Ato Institucional nº 5/1968). Tais Constituições materiais paralelas, que expressam, do ponto de vista sociológico, os fatores reais de poder, acabam por deslocar os pilares que sustentam a Constituição escrita, comprometendo, no limite, a própria democracia, mediante lamentáveis golpes.

Os artigos que compõem a obra que ora se publica, de autoria de renomados juristas, professores e magistrados, abordam o Direito Constitucional brasileiro, nos seus 200 anos de existência, de modo a contemplar a sua crescente evolução, tanto do ponto de vista histórico, quanto teórico-normativo, a envolver toda uma Teoria da Constituição como discurso crítico e reflexivo do político, tendo sempre como paradigma o Estado Democrático de Direito.

Esta publicação, uma iniciativa da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), ocorre em período histórico marcado pela intolerância; pelo discurso do ódio como manifestação agressiva e provocadora em relação a determinados grupos sociais, em geral, as minorias, abrangendo

ainda discriminação racial, social ou religiosa, comprometendo a dignidade da pessoa humana; pela ascensão de um complexo internético, que tem como marcos os algoritmos e a inteligência artificial, a envolver redes informativas e sociais, sem nenhum compromisso com a democracia, levando até mesmo à criação de partidos digitais não institucionalizados, sem hierarquia; e pelo enfraquecimento da civilidade e do sentido de liberdade.

Para que se ultrapassem tais fatores, que poderiam levar à regressão, à decadência e à própria destruição de modelos sociais e políticos de densidade institucional, normativa e jurisprudencial, é que o futuro do constitucionalismo, em especial do constitucionalismo brasileiro, deve identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização. Um constitucionalismo verdadeiro e eficaz, erradicando-se dos textos constitucionais as normas que encerram projetos inalcançáveis; um constitucionalismo que realce a dignidade da pessoa humana e a justiça social; um constitucionalismo que adote a continuidade, sem ruptura da lógica dos antecedentes, pelo que as reformas constitucionais devem ocorrer com ponderação e equilíbrio; um constitucionalismo que valorize a democracia participativa, abrindo espaço para as pessoas comuns, de todos os matizes, sem, contudo, descuidar dos mecanismos da representação política; enfim, um constitucionalismo que adote o princípio da condução responsável dos assuntos de Estado, é dizer, a boa governação, o bom governo.

As reflexões contidas nesta obra são necessárias para a concretização do ideário constitucional brasileiro, que move a sociedade para a frente, em direção à garantia e preservação de direitos civis e políticos fundamentais.

200
años



Comissão Técnica

**A EJEF AGRADECE À COMISSÃO TÉCNICA RESPONSÁVEL
PELA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS SUBMETIDOS VIA EDITAL
A FIM DE COMPOR A PRESENTE OBRA**

Sérgio Henriques Zandona Freitas (Presidente)

Adriano da Silva Ribeiro

Bruno Alves Apolinário

Carolina Almeida de Paula Freitas

Gabriela Oliveira Freitas

Giovanni Galvão Vilaça Gregório

Janaina de Alvarenga Silva Carvalho

Laís Alves Camargos

Laura Campolina Monti

Mariana Horta Petrillo

Pedro Augusto Silveira Freitas

Roselaine Andrade Tavares

Talitha Pedras Figueiredo Campos de Carvalho Souza

200
años



PONTO DE PARTIDA: CONTEXTO HISTÓRICO PARA OS 200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Ives Gandra da Silva Martins¹

Este estudo foi desenvolvido em comemoração aos 200 anos da primeira Constituição Brasileira, que retrata o contexto histórico da Constituição de 1824, tanto no Brasil quanto na Europa. Merece, portanto, uma análise aprofundada, pois há, na atualidade, uma permanente distorção da análise histórica, em que os novos exegetas costumam ter uma visão dos fatos pretéritos como se estivessem sendo vividos no momento presente. Ora, tal curiosa valoração desvirtua a realidade do período examinado, sua identidade, e a imagem dos seus agentes resta desfigurada.

A interpretação da pesquisa histórica deve ser sistemática, de modo que o exame dos fatos narrados e documentais seja realizado levando em consideração o contexto da época investigada e os valores que permeavam suas sociedades, utilizando-se de toda a espécie de informação possível de obter, inclusive com o auxílio de elementos de outras ciências (por exemplo, da astronomia, para saber como determinados fenômenos do sistema solar influenciaram épocas; da linguística, para conseguir detectar as diversas escritas dos diversos países e seus documentos; da climatologia, para determinar como o clima influenciou migrações das aves e dos homens; da medicina, para saber como determinadas pestes — a peste negra, por exemplo — assolaram um continente, dizimando populações; e todas as

¹ Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifieo, Unifmu, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - Eceme, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia), doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, catedrático da Universidade do Minho (Portugal), presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio - SP. E-mail: igm@gandramartins.adv.br.

outras ciências que dizem respeito à história do homem em sociedade). Tudo isso conforma a história das civilizações.

O intérprete do Direito, portanto, não pode desconhecer toda a integração histórica que leva à adoção ou não de um determinado ordenamento constitucional para uma determinada comunidade. É um pobre jurista aquele que desconhece a história, fonte das lições que a maioria teima em não aprender.

É necessário também compreender o que seja o Poder; como e porque o homem o busca; quando a luta por ele começou; de que forma o pensamento político passou a influenciar esse comportamento; de que modo o povo principiou a despertar para a importância do seu papel no controle do poder, etc. Por isso, o objetivo deste artigo é retratar o contexto histórico da Constituição de 1824.

Neste ano, comemoram-se os 200 anos da primeira Constituição Brasileira, que foi um documento, à época, de particular relevância e qualidade, embora ainda não contasse com os avanços ocorridos no século XX a respeito dos direitos sociais e humanos e consagrasse uma certa elitização das pessoas que poderiam participar do processo político nacional.

Muito embora fosse o movimento constitucionalista mundial deflagrado com a Magna Carta de 1215 e as duas declarações de direitos do século XVII na Inglaterra, os dois textos constitucionais que dão realmente início ao "modernismo constitucional" são a Constituição Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

Os exemplos inglês e americano terminaram por influenciar diretamente o perfil dos governos europeus no século XIX. Ora, não obstante os gregos já falassem em Constituição (*Politeia*), entende-se que o constitucionalismo somente se inicia 11 anos após a revolução americana, quando surge a Constituição americana de 1787, que, transcorridos 237 anos, mantém os seus sete artigos originais, em sua essência inalterados pelas 27 emendas posteriores.

A Europa acompanha essa evolução e passa a conformar também um sistema jurídico constitucionalizado. Após o regime

de terror provocado pelos revolucionários que conquistaram a Bastilha, onde se encontravam somente sete presos e apenas um deles por motivos políticos, a França volta à época da “monarquia absoluta”, com Napoleão, que, embora tenha concentrado em suas mãos o exercício do poder, assegura o retorno do Direito nas relações entre os cidadãos, ressuscitando o melhor do direito romano, no Código Napoleônico.

O Congresso de Viena e o gradativo sistema de controles entre os países levam aos poucos as monarquias europeias ao sistema parlamentar, principalmente após a unificação da Alemanha e da Itália.

As antigas colônias europeias, por outro lado, vão se libertando até chegar ao fim do século com apenas algumas delas não tendo obtido a independência. Nos países sul-americanos, exceção feita ao Brasil, as repúblicas prevalecem, com a adoção do modelo presidencialista dos Estados Unidos.

Considerando esse breve contexto internacional, há de se compreender que a nossa primeira Constituição, modelada para a monarquia, ainda representando a forma majoritária dos sistemas políticos da Europa, não deixasse de ter uma influência própria dos novos textos constitucionais mundiais, sem perder as características sobre as quais a realeza se debatia, entre a monarquia democrática como aquela surgida com o parlamentarismo criado em 1688, na Inglaterra, e os estertores da monarquia absoluta no estilo de Luís XIV.

Pode-se dizer que, a rigor, o Constitucionalismo brasileiro principia com a dissolução da Constituinte e a promulgação, por Dom Pedro I, da Constituição de 1824 — a mais duradoura de nossas Constituições —, que foi fruto de uma série de fatores convergentes, em que a vinda da família real portuguesa para o Brasil, a fim de não se submeter a Napoleão, em 1808, e a criação do governo do Reino Unido, de Portugal, Brasil e Algarve, em 1815, ganham especial relevância, lembrando-se de que, até a volta de Dom João VI a Portugal, a metrópole do reino era o Brasil.

Muitos distorcem a figura de Dom João VI para efeitos midiáticos, mas sua decisão de vir para o Brasil, ofertar um desenvolvimento considerável, impossível se fosse deixado sob a responsabilidade da colônia, assim como preparar seu filho Dom Pedro para governar o eventual futuro país e, se necessário, dar-lhe independência, é visão de estadista e não de um imbecil real, como certos ignorantes da história de acesso aos meios de comunicação têm apresentado. A educação de seu filho Dom Pedro, poeta, músico, conhecedor do Direito e das letras, é a prova de que sabia o que pretendia.

Dom João VI teve a perspicácia de vir para o Brasil, no momento em que Napoleão invadia a Península Ibérica e conquistava a Espanha. Ele fez do Brasil metrópole, pois daqui ele governava, como se Portugal fosse a colônia.

O tribunal militar foi o primeiro dos tribunais criados naquela época. Quando Dom João VI voltou para Portugal, depois da Revolução do Porto, de 1820, conhecia perfeitamente a situação de Dom Pedro I, que teria, em algum momento, que proclamar a Independência do Brasil, já que todos os países da América Latina estavam se libertando do jugo espanhol. Por outro lado, foi Dom Pedro I que manteve esta terra unida como uma nação continental. Se considerarmos que, com o Tratado de Tordesilhas, a América fora dividida em América portuguesa e América espanhola, o grande mérito de Portugal foi o de manter uma nação continental, enquanto a América espanhola restou pulverizada num número enorme de países. Eis o grande mérito e a inteligência do projeto português.

É de se ressaltar que, mesmo tendo Dom Pedro I proclamado a independência, o Império se manteve no Brasil, o que, ao longo do tempo, teve como efeito a manutenção da integralidade da nação, que se mostra consolidada até hoje, não obstante alguns movimentos separatistas, como o da Farroupilha ou da Cabanagem, que não foram adiante.

A figura de Dom Pedro I foi, pois, de particular importância. Pedro Calmon, um grande historiador brasileiro, relata que ele teve a oferta de quatro coroas, das quais pôde utilizar duas.

É que, segundo esse autor, com a morte de Napoleão, houve uma sondagem daqueles que queriam voltar, de se buscar as coroas francesa e até mesmo a espanhola. Mas Dom Pedro I morreu muito cedo. Assim, foi Dom Pedro I do Brasil, Dom Pedro IV de Portugal.

Apesar de Dom Pedro I ter dissolvido a Constituinte em 1823, a Constituição de 1824 é um modelo, para a época, extremamente importante, inclusive, porque outorgava ao imperador o Poder Moderador, mas reconhecendo, entretanto, a força dos outros Poderes. O imperador teve atos de grandeza, por exemplo, com José Bonifácio, a quem, depois de exilado por causa da dissolução da Constituinte, confiou a educação de seu filho Pedro II.

Sua filha, por sua vez, sendo brasileira, é a única governante nascida em um país latino-americano que governou um país europeu, no caso, Portugal. Sendo assim, em um determinado momento, Portugal tinha uma rainha brasileira e o Brasil tinha um imperador brasileiro, ambos descendentes dessa figura notável da história luso-brasileira que foi Dom Pedro I.

Evidentemente, o Brasil enfrentou crises. Uma delas ocorreu no período turbulento de 1831 a 1840, agravado pelo ato adicional de 1834, na regência de Feijó. Houve também as guerras que o imperador Dom Pedro II foi obrigado a enfrentar, principalmente a do Paraguai, quando não estava militarmente preparado, ao contrário do governante e tirano paraguaio, Solano López. Assim, muitas batalhas foram perdidas no começo da guerra, porque não havia homens suficientes. Apesar disso, no período de 1840 a 1889 (42 anos), seguiu-se um dos governos mais tranquilos da história brasileira. Isso principalmente porque, em 1847, ainda no governo imperial, foi adotado o parlamentarismo, forma de governo que prevaleceu no país de 1847 a 1889. Não sem razão, esse foi exatamente o período mais estável da vida política brasileira.

E foi Dom Pedro I, nada obstante seu temperamento impulsivo, com uma aguda percepção da realidade, aquele que conseguiu abrir espaços para a independência, mantendo

o regime monárquico num continente dominado, na independência das nações, pela onda republicana. Mesmo após voltar a Portugal, deixando seu filho sob tutela de uma regência (1831-1840), reconquistou o trono português na disputa com seu irmão Miguel, e não mais fez por ter sido levado por uma morte prematura, mas, como vimos, deixou sua filha brasileira, Maria da Glória, como futura rainha de Portugal.

Nesse quadro, não se deve desmerecer a figura do imperador por ter dissolvido a Constituinte, exilando figuras eminentes da independência, pois promulgou, mesmo assim, uma Constituição que, para o início do século XIX, não se pode dizer que seria uma Constituição mal escrita ou de baixo teor acadêmico.

Tendo proclamado a independência do país como um monarca que não admitia contestação de seu poder, é de se compreender o direito auto-outorgado de ter a última palavra do reino, tornando-se o Poder Moderador, numa democracia monárquica elitista.

Dessa forma, a primeira Constituição outorgada pelo imperador, e não fruto da assembleia constituinte, manteve muito do que se pretendia conformar na monarquia brasileira, não admitindo, assim, disposições redutoras do poder do imperador. Mas, talvez por essa simbiose com a democracia, uma monarquia ainda com respingos do absolutismo e um Império recém-formado e independente, é que o texto saiu adequado à época, tendo sido o mais longo de todas as Cartas do país.

Assim é que, de 1824 até 1891, embora de 1889 a 1891, já estivéssemos em república, contabilizamos 67 anos de Constituição, contra 43 da Constituição de 1891, 3 anos a de 1934, 9 anos a de 1937, 21 anos a de 1946, de 19 anos a de 1967, e estamos com apenas 36 anos com a de 1988.

A introdução do sistema de governo parlamentar em 1847, que durou 42 anos, fortaleceu uma monarquia constitucional que levou o imperador Dom Pedro II a assistir, no Instituto dos Advogados Brasileiros, aos debates entre juristas

e a admitir um partido republicano no quadro partidário eleitoral do Império.

Conta-se até mesmo que, após o baile da Ilha Fiscal, em 9 de novembro de 1889, a inttona de 15 de novembro, da qual resultou a proclamação da República, o próprio Deodoro não imaginara que derrubaria o Império, mas apenas o Gabinete Ouro Preto. Campos Salles, que veio a ser seu Ministro da Justiça, na antessala de sua nomeação como primeiro Presidente, lembrou-lhe de que não poderia entrar no salão nobre ostentando as medalhas ganhas do imperador que derrubara, o que fez com que retirasse as condecorações pouco antes de ingressar no recinto para ser empossado como primeiro Presidente do Brasil.

O certo é que, na história do Constitucionalismo brasileiro, as demais Constituições não estabilizaram a política brasileira, que se mostrou muito mais estável nos tempos imperiais.

Apesar de se ter na figura de Ruy Barbosa o grande inspirador da Constituição de 1891, esta fracassou em promover uma democracia estável, criando, através de legislação infraconstitucional, um complexo sistema de apuração eleitoral, pelo qual São Paulo e Minas governaram o país, definindo de antemão quem seria o presidente eleito.

Uma federação imposta para substituir as províncias nunca se concretizou, senão formalmente, e as sucessivas inttonas contra a República terminaram desembocando no golpe de Getúlio, o qual derrubou Washington Luís, não permitiu que Júlio Prestes assumisse a presidência e foi ditador do país até 1945. A derrubada de Getúlio em 1945, para viabilizar a eleição presidencial daquele ano, permitiu que, com Prado Kelly e outros luminares, chegássemos a uma Constituição realmente democrática em 1946.

No período da ditadura getulina, a vitoriosa revolução constitucionalista dos paulistas em 1932, embora derrotados em campo de batalha, gerou a Constituição de 1934, também democrática, mas desrespeitada e, por fim, revogada em 1937, com a denominada Constituição "Polaca", que permitia até mesmo ao Presidente da República cumprir ou não decisões

da Suprema Corte com base no seu superior tirocínio. À época, ironizava-se a figura de Francisco Campos, seu autor, dizendo-se que, quando as luzes de "Chico Ciência" acendiam, provocavam curto-circuito em todos os fusíveis da democracia.

Por força dos votos, retornando em 1950, Getúlio, a governar o país, não resistiu à pressão da sociedade quando seu auxiliar Gregório mandou assassinar Lacerda, matando, entretanto, um militar, fato este que permitiu descobrir-se a corrupção nos porões do Catete, levando o presidente ao suicídio. Seus sucessores Café Filho, vice-presidente, e Carlos Luz, presidente da Câmara, foram depostos, no ano seguinte, por militares, tendo o presidente do Supremo, José Linhares, assumido a presidência até a eleição de Juscelino Kubitschek.

É interessante notar que o belo texto de 1946 não resistiu a tais movimentos da rebeldia institucional, os quais foram também testados, na presidência de Juscelino Kubitschek, pelos fracassados golpes de Aragarças e Jacareacanga.

A eleição de Jânio e sua renúncia — não vale a pena trazer confidências que me foram feitas pessoalmente por alguns dos personagens da renúncia (Jânio Quadros, Aura Moura Andrade, Saulo Ramos e Canuto Mendes de Almeida) — introduziram um falso parlamentarismo para evitar-se outorgar poderes a Jango, o qual, todavia, em plebiscito inconstitucional, a meu ver, conseguiu derrubá-lo, mas foi derrubado quando pretendia impor uma nova ordem militar com predomínio de sargentos e desrespeito à hierarquia e disciplina da caserna.

Em 31.03.1964, não pretenderam os que apoiaram o movimento, até mesmo cinco partidos, um dos quais eu presidia, o Partido Libertador, em São Paulo, eliminar o processo eleitoral com dois candidatos lançados (Juscelino e Lacerda), mas garantir o pleito de 1965 ameaçado pela derrubada de Jango.

Meu partido, em meu diretório, em meados de 1964, após o movimento, foi o que primeiro lançou Carlos Lacerda candidato à presidência.

O golpe de Estado, evidentemente, se deu com o Ato Constitucional nº 2, quando foram dissolvidos os partidos e criados dois conglomerados (Arena e MDB). Foi quando deixei a política, pois meu ideal parlamentarista encontrava, no Partido Libertador, o ideal da juventude, por tratar-se do sistema de responsabilidade a prazo incerto contra o presidencialismo, de irresponsabilidade a prazo certo. Nunca me arrependi da decisão então tomada.

O regime militar permitiu a evolução econômica do país e, após a guerrilha (1964-1971) ter sido superada, democraticamente, o país atingiu a democracia plena em 1985, quando o candidato do governo perdeu para a oposição de Tancredo Neves, que não chegou a assumir a presidência, assumindo seu vice, José Sarney.

As duas Constituições produzidas no período (67 e a Emenda nº 1/69 - verdadeiro texto Constitucional) tornaram-se inadequadas à nova República, e a Emenda 26/86, convocando uma Assembleia Nacional Constituinte, e a Constituição de 1988, aprovada e promulgada depois de 20 meses de debates constitucionais, permitiram termos o texto adiposo com 132 emendas que alicerça a democracia brasileira atual.

Tem, apesar das permanentes alterações, um mérito indiscutível. Permitiu que os Poderes fossem harmônicos e independentes, com suas competências claramente delineadas no texto maior e que um elenco de direitos e garantias individuais – o mais extenso da história constitucional brasileira – fosse estabelecido.

É evidente que se luta, hoje, para voltar a Suprema Corte a respeitar a intenção do Constituinte, não invadindo a competência legislativa (arts. 2º, 49, inciso XI, 102, *caput*, 103, § 2º, e 142) e não reescrevendo o texto constitucional, pois começa a transformar-se num terceiro poder político e a criar insegurança jurídica.

Apenas para deixar claro a obrigação de ser o STF apenas o guardião da Constituição e não um constituinte derivado ou um legislador suplente, transcrevo os cinco dispositivos:

Art. 2º São Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...] XI - *zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*;

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*, cabendo-lhe [...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à *garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem* (Brasil, [2024], grifos do autor).

Pela qualidade dos seus Ministros, espera-se que voltem a ser juízes como eram até 2002, sendo guardiões da Constituição e não um terceiro poder político.

Isso, todavia, é trabalho para os jovens juristas, futuros advogados, membros do Ministério Público e magistrados, e não mais para um arcaico professor universitário de 89 anos de idade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Império do Brasil à f. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, Rio de Janeiro, 22 abr. 1824. (Coleção de Leis do Império do Brasil – 1824, v. 1, p. 7). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 8865, 20 out. 1969. (Coleção de Leis do Brasil - 1969, v. 7, p. 3). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=1%C2%BA,em%20seu%20nome%20C3%A9%20exercido>. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 nov. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: dez. 2024.

FRANCE. *Constitution française du 3 septembre 1791*. Paris: Assemblée Nationale, 1791. (Archives Nationales - AE-I-10-

1). Disponível em: https://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_du_3_septembre_1791. Acesso em: dez. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution of the United States of America 1787*. Washington: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdfhttps://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: dez. 2024.

200
anos



DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: AVANÇO OU RETROCESSO?

CONSTITUTIONAL CIVIL LAW: PROGRESS OR REGRESSION?

Adriano da Silva Ribeiro¹

Daniel Stefani Ribas²

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a interpretação atual do direito privado e sua dificuldade de aprofundamento diante do direito civil-constitucional que se instalou na sociedade nos últimos tempos. Nesse contexto, o estudo analisa a necessidade de interpretações que valorizem a esfera privada e íntima das partes objeto das demandas judiciais sem deixar de respeitar valores constitucionais. A interpretação que se aplicava ao caso concreto no âmbito do direito privado é aquela que mais se aproxima da efetividade social, efetividade esta que, ao longo do tempo, vem se perdendo em função de interpretações que valorizam o âmbito público em detrimento do privado. A pesquisa bibliográfica baseou-se numa abordagem crítico-reflexiva quanto ao tema-problema a partir do questionamento central da dificuldade do avanço de interpretações que valorizam apenas as partes envolvidas.

¹ Pós-doutor em Direito pela FUMEC, pós-doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais UMSA, Professor no PPGD e na Graduação em Direito FUMEC, líder do Grupo de Pesquisas Empíricas em Direito e Jurimetria (GEDJUR) do PPGD/FUMEC - registrado no CNPq, editor assistente e responsável técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC, coordenador adjunto, editor chefe dos periódicos e diretor de relações institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual, Professor na pós-graduação da EJEJ/TJMG, editor-chefe da Revista EJEJ, assessor judiciário no TJMG. *E-mail:* adrianoribeiro@yahoo.com.

² Advogado, Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, com linha de pesquisa em Direito Privado (Autonomia privada, regulação e estratégia), pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - (FUMEC), Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior (FIVJ/Juiz de Fora), associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). *E-mail:* danielstefani.adv@gmail.com.

Palavras-chave: Constituição da República; direito privado; direito civil-constitucional; interpretação.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the current interpretation of private law and its difficulty in advancing within the framework of civil-constitutional law that has emerged in society in recent times. In this context, the study examines the need for interpretations that value the private and intimate sphere of the parties involved in legal disputes, while still respecting constitutional values. The interpretation applied to specific cases in the realm of private law is the one that most closely aligns with social effectiveness—an aspect that, over time, has been diminishing due to interpretations that prioritize the public sphere to the detriment of the private. The bibliographic research employed a critical-reflective approach to the thematic problem, focusing on the central issue of the difficulty in advancing interpretations that prioritize only the parties involved.

Keywords: Constitution of the Republic; private law; civil-constitutional law; interpretation.

1 INTRODUÇÃO

A interpretação atual do direito privado enfrenta diversas dificuldades de aprofundamento diante do direito civil-constitucional que se instalou na sociedade nos últimos tempos. Nesse contexto, o estudo analisa a necessidade de interpretações que valorizem a esfera privada e íntima das partes objeto das demandas judiciais, sem deixar de respeitar valores constitucionais.

A interpretação que se aplicava ao caso concreto no âmbito do direito privado é aquela que mais se aproxima da esfera individual e que, ao longo do tempo, vem se perdendo em função de interpretações que valorizam o âmbito público em detrimento do privado, sendo o direito civil-constitucional uma das fontes mais fortes nos tempos atuais, valorizando uma interpretação constitucional (pública) na esfera privada. A pesquisa bibliográfica baseou-se numa abordagem crítico-reflexiva quanto ao tema-problema, a partir do questionamento central da dificuldade do avanço de interpretações que valorizam apenas as partes envolvidas.

Nesse cenário, indaga-se: até que ponto as interpretações atuais do direito privado são capazes de atender às necessidades das partes envolvidas sem perder a efetividade social?

A análise do direito privado e suas interações merecem novamente um espaço, intercalando-se com a interação do direito civil-constitucional.

A pesquisa propõe uma abordagem integrada e interpretativa do caso concreto, de maneira que, em determinados casos, o privado se sobrepõe ao público.

O presente estudo tem como escopo analisar a possibilidade e a viabilidade de uma nova abordagem do direito civil-constitucional que deve ser parâmetro, mas não em todos os casos, focada em uma interpretação que equilibre os interesses das partes envolvidas e a efetividade social. No tocante aos pontos abordados, apresenta-se como marco teórico a tendência do novo direito privado, que busca conciliar a valorização da esfera privada com o respeito aos valores constitucionais.

Inicialmente, será apontado o contexto do papel da interpretação do direito privado. Em seguida, serão apresentadas as características do direito civil-constitucional e, por fim, serão feitas ponderações entre ambas as interpretações e a necessidade de aprofundamento da interpretação do direito privado. O método adotado no presente artigo é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

2 O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

Tratando-se do direito privado, deve-se observar o sistema único que ele proporciona, com uma definição de Kant, que é “[...] o conjunto unitário formado sob uma ideia de diferentes conhecimentos” (Kant, 1998, p. 645) que se voltam a um olhar individual da sociedade no âmbito do direito privado, interpretando e se aproximando da realidade social individual do caso em debate, distanciando-se de parâmetros e aplicações gerais. Esse sistema conta com uma interpretação e estudo próprio, que necessita ser revisitado em função de uma sociedade que busca hoje celeridade de justiça e interpretações que abarquem o todo, não o individual, prejudicando a efetiva aplicação das normas de direito privado.

Complementando, o sistema de direito privado abrange todos os institutos e regras jurídicas em uma unidade que cria um parâmetro de ramificação e interpretações ligadas entre elas (Savigny, 1981, p. 214).

Ramificações nos vários ramos do direito privado dão liberdade de interpretações, valorizando o individual, especialmente na criação de direitos e obrigações. Entretanto, esse olhar individual deve ser considerado de forma distinta do que era aplicado anteriormente. Um olhar que valorize as interações privadas e sua autonomia, juntamente com seus reflexos sociais, é mais um viés de interpretação que se apresentou com a chegada do direito civil-constitucional, em que valores constitucionais antes alijados se apresentaram nas interpretações privadas (Weinberger, 1991).

Interpretações que devem valer no direito privado, como já mencionado, são aquelas que se aproximam da realidade fática. Seguindo os ensinamentos de Baptista, interpretação é: “[...] a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa” (Baptista, 1935, p. 205-206), interpretação que, no direito privado, deve se valer da individualidade de cada caso.

Parte-se de dois pressupostos de interpretação: em sentido amplo e em sentido estrito. Em especial, a interpretação de sentido estrito apresenta-se quando, no momento de interpretação, o foco é no texto legal, que se aplica por completo, advindo dele o resultado e a subsunção ao caso concreto. Quando se volta para a interpretação em sentido amplo, o amparo da interpretação está em lacunas legislativas da norma, devendo ser complementada por princípios e valores constitucionais, uma visão do todo que se aproxima do direito civil-constitucional, elevando a interação para além da lei específica (Cian; Trabucchi, 1992).

O sistema de direito privado deve ser interpretado com base em valores sociais conquistados ao longo do tempo. No entanto, em determinados casos, deve-se excluir tais interpretações para valorizar o direito disponível, cumulando com partes capazes e movidas pela boa-fé e com responsabilidade. Dessa forma, podem-se excluir determinadas interpretações em favor da vontade do todo, prevalecendo a vontade das partes. Os conceitos legais e cláusulas gerais são abstratos, apresentados na lei, e necessitam de valorização e interpretação, ou até mesmo exclusão, por parte do magistrado, visando à realidade do caso concreto e sua adequação (Nery; Nery Junior, 2019).

Destarte, a solução para o caso concreto, derivada de tais interpretações, pode ser construída pelo magistrado, baseando-se em todos esses preceitos sociais, de forma que valorize a realidade privada das partes. Essa interpretação é proporcionada pelo próprio sistema do direito privado, que parte de conceitos legais indeterminados e leis que se esboçam na forma de cláusulas gerais indeterminadas, como o próprio sistema do Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), sendo essas cláusulas gerais preceitos legais que orientam o juiz, servindo como diretriz, ao mesmo tempo que o deixam livre para decidir. Assim, a lei não é excluída por completo na interpretação e subsunção ao caso concreto, podendo se amoldar à realidade única das partes, guiadas pelo juiz (Wieacker, 1956).

Dessa forma, o juiz, ao exercer e complementar os poderes e parâmetros encontrados nas cláusulas gerais (leis), instrumentaliza sua efetividade, preenchendo-as com valores sociais abstratos e coerentes com a aplicação social no tempo, pois de nada adianta uma norma que não se atualiza à realidade fática atual (Nery; Nery Junior, 2019).

Contudo, interpretações que assegurem uma real aplicação do caso concreto vêm-se tornando altamente criticadas, principalmente em função de decisões que abrangem eminentemente o âmbito público. Um exemplo são as decisões do STF em relação à pandemia, que irradiam para a sociedade no âmbito privado essa mesma interpretação, muitas vezes controversa. Moraes ainda assegura a necessidade de se manter interpretações e estudos que contribuíram para a construção do Estado, afirmando: “[...] o caráter do Estado não pode prescindir dos dados históricos e das investigações técnicas que conseguiram situar o Estado na sistemática jurídica” (Moraes, 2024, p. 1). Tal interpretação do direito privado, com as redes sociais e novas tecnologias, vem se perdendo, de maneira que decisões no âmbito privado que de fato atingem somente as partes são interpretadas pelo meio social como equivocadas, colocando em xeque todo um sistema normativo específico.

Não se apresenta mais uma dicotomia entre o direito público e o direito privado, necessária para as referidas áreas de atuação e sua efetividade. Os três critérios que diferenciam esses dois ramos do direito e que devem ser mais explorados e validados, apresentados por Rosa Maria Nery e Nelson Nery Junior (2019), são: o interesse jurídico que se busca resguardar, a natureza jurídica do sujeito da situação sob análise e a qualidade da posição jurídica do sujeito da situação vivenciada.

O primeiro critério, o interesse jurídico que se busca resguardar, abrange a interpretação básica dos casos, sendo o direito privado ligado às relações individuais e pessoais, e o direito público voltado aos interesses públicos.

Como segundo critério de diferenciação está a natureza jurídica do sujeito da situação sob análise, que visa ao foco

sobre o sujeito de direito e ao que a lei determina para ele. Se o texto é direcionado ao Estado, trata-se de direito público; se é direcionado ao particular, trata-se de direito privado.

Como último critério, a qualidade da posição jurídica do sujeito da situação vivenciada, considerando-se direito público quando se refere a situações em que tal atuação é de autoridade, e direito privado quando não há essa invocação de autoridade.

Esses critérios devem estar presentes no olhar do intérprete, sem deixar de observar os valores constitucionais. Entretanto, até que ponto esses valores são benéficos aos casos concretos, que devem ser o centro da discussão no âmbito da autonomia privada?

Valorizar uma interpretação que abre fontes de complementação ao caso concreto é o caminho acertado para o direito privado e sua codificação. Essa codificação passa por uma organização que colabora com todo o sistema jurídico, evitando intervenções sem parâmetros, como a reforma Rizzardo: “Codificar compreende a coordenação de regras que revelam uma mesma natureza, uma idêntica unidade num campo do direito, de modo a conseguir-se uma sistematização no regramento dos assuntos” (Rizzardo, 2015, p. 38).

Os parâmetros que o direito público oferece devem ser considerados, sobretudo os valores constitucionais, que servem de norte para o Estado, de maneira que os valores do coletivo devem, sim, ter um espaço para a análise do individual. Entretanto, em determinados casos, esses valores não devem prevalecer, apesar de estarem alusivos ao bem-estar comum, como apresenta Nohara: “O espaço público, para os gregos, era, portanto, um referencial valorativo que apontava para a finalidade superior da vida dos homens livres, entendida como racional e justa” (Nohara, 2022, p. 1). O bem-estar é essencial na vida em sociedade e devemos considerar que viver em sociedade implica a necessidade de normas que regulem e busquem o bem comum (Martins, 2024, p. 35).

Todavia, em relações que envolvem particulares, predominam interesses individuais, não públicos, e disponíveis. Na

maioria das vezes, esses interesses estão disponíveis para o particular, mas, em determinados casos, não estão disponíveis para o público (Nucci, 2019), devendo-se respeitar o caso concreto e o privado, se valer mais que o público.

3 O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Com a evolução do estudo do direito e de suas relações de interpretação, surge o direito civil-constitucional, que parte de uma perspectiva pública e não apenas individual. Esse enfoque integra as relações particulares com o todo e busca o bem-estar social, remetendo às relações particulares os valores e normas constitucionais no momento da aplicação e interpretação do caso (Moraes, 1993).

Essa evolução na interpretação de valores e normas constitucionais permite, de fato, uma melhoria nas interpretações, uma vez que se busca compreender o todo, conforme evidenciado por Schreiber e Konder. "Essa perspectiva mais ampla permite não apenas compreender o alcance do instituto, mas também levar em conta o impacto das decisões que o aplicam" (Schreiber; Konder, 2016, p. 21). No entanto, essa ampla perspectiva de compreensão do instituto e de sua aplicação não deve se sobrepor à interpretação do caso concreto e aos valores particulares nas relações privadas. Respeitar e validar atos de autonomia deve ser o guia para uma decisão efetiva no direito privado.

Complementando essa situação, o direito civil-constitucional vem para suprir a realidade da evolução social constante e rápida, sendo uma fonte que supre a lacuna legislativa de diversos temas e interpretações, devido ao dinamismo da sociedade e ao direito que não consegue acompanhar. Essa interpretação constitucional das relações e atividades privadas cumpre, inicialmente, um papel importante como guia para primeiras decisões ou impressões. Entretanto, com o passar do tempo, não se pode ter somente esse viés de interpretação (Tepedino, 1999).

A interpretação civil-constitucional, ao longo do tempo, deve se apresentar de forma mais branda, considerando novas relações sociais e antigas, fundadas no caso concreto e seus limites, valendo-se do íntimo das partes e não do social (Tepedino, 1999).

Tanto os direitos fundamentais quanto os valores do Estado, presentes na Constituição, precisam de efetividade e aplicação. A proteção que a Constituição de 1988 (Brasil, [2024]) trouxe às liberdades deve ser aplicada. Como fruto de um fenômeno chamado “neoconstitucionalismo”, o direito civil-constitucional se aplica exatamente nessa efetivação de valores e liberdades, trazendo um olhar integrativo com o social e o todo, deixando de lado o antigo direito privado, que não considerava essa visão abrangente (Branco; Mendes, 2024).

A interpretação civil-constitucional tem como característica enaltecer a normativa constitucional em detrimento da ordinária, colocando de lado situações particulares. De certo modo, a não utilização dessa interpretação pode, em um primeiro momento, parecer uma decisão ou interpretação inconstitucional. Contudo, esse não é o caso, dado que não há obrigatoriedade de vinculação interpretativa somente à Constituição (Souza, 2022).

Souza ainda demonstra tal situação da seguinte maneira:

[...] constata que a norma é constitucional (e que, portanto, deve-se respeitar a escolha legislativa), ou avaliará que a norma apresenta certo grau de desconformidade com a Constituição (seja a inconstitucionalidade plena, seja a necessidade de interpretação conforme ou outro tipo de modulação do seu conteúdo) [...] (Souza, 2022, p. 32).

Dessa forma, em determinados casos concretos, pode-se deixar de lado a interpretação do direito civil-constitucional, que analisa o todo ou uma vulnerabilidade social, em favor de uma vulnerabilidade particular. Cabe às partes envolvidas no processo o dever de fornecer informações suficientes ao julgador, para que ele escolha a melhor interpretação a ser

aplicada, seja ela voltada para a Constituição ou não (Ribas, 2024).

A interpretação baseada em princípios, valores e normas constitucionais deve considerar o caso concreto. No entanto, no âmbito privado, situações que valorizem a autonomia merecem um tratamento diferenciado, especialmente quando envolvem relações em que direitos e deveres são disponíveis. Essa flexibilidade, contudo, não se aplica ao âmbito constitucional (Ribeiro, 2020).

No direito obrigacional, contratual, empresarial e trabalhista, decisões fundamentadas em uma autonomia consciente devem ser respeitadas, sendo orientadas por valores privados e não exclusivamente constitucionais. Contratos, obrigações e negociações podem, em alguns casos, prescindir de proteção constitucional, desde que sejam ajustados determinados parâmetros (Ribeiro, 2020).

Por outro lado, direitos sociais previstos na Constituição não podem ser desconsiderados ou suprimidos, mesmo em casos concretos. A chave está em equilibrar esses elementos, diferenciando-os e adaptando-os conforme as circunstâncias, tendo sempre como base a justiça e a equidade nas relações jurídicas (Ribeiro, 2020).

Essa pluralidade de fontes de interpretação garante a todo ordenamento jurídico um sistema aberto, que necessita de complementação, seja ela constitucional ou não. Diante de um ordenamento em que não houvesse hierarquia entre as normas, ter-se-ia um sistema fechado que não se atualizaria de diversas maneiras, necessitando da via legislativa para tais atualizações, muitas vezes não acompanhando a realidade social (Tepedino, 2005).

Não se podem deixar de lado, mesmo com o uso da interpretação civil-constitucional, as interpretações (métodos) da Constituição que devem se ligar à interpretação civil-constitucional, sendo algumas expostas por Coelho (2011).

O método tópico-problemático garante que a Constituição moderna seja entendida como um sistema aberto de regras e

princípios. Sendo esse sistema aberto, determinado conflito poderia ter várias possibilidades de interpretação. Assim, o método hermenêutico tradicional, que é fechado, não é o ideal para a interpretação constitucional. Nesse método, o direito civil-constitucional ganha espaço como mais uma forma de interpretação dos valores privados frente à Constituição (Coelho, 2011).

O método hermenêutico-concretizador parte de uma pré-compreensão do intérprete, que deve se basear por uma situação histórica específica. A interpretação, então, deve se basear somente na Constituição, e não seguir critérios de justiça e de caráter pessoal, de forma que qualquer interação que se baseia nesse método deve considerar o contexto histórico em que o problema nasce, não levando em conta normativas distintas ou abertas (Coelho, 2011).

Outro método apresentado é o método científico-espiritual, que se baseia em uma ideia específica de Constituição, a qual serve como fundamento e ponto de partida para a interpretação constitucional, devendo ser guiada por um conceito fundamental que a orienta (Coelho, 2011).

Por fim, o método normativo-estruturante se baseia na ideia de que a normatividade não está somente nos textos jurídicos, mas busca complementação fora do ordenamento, na realidade que está sendo regulada. Ademais, apoia-se fora do ordenamento dos próprios reguladores, de maneira que a interpretação caracteriza a lei em cada caso específico, tornando os comandos jurídicos eficazes em suas intenções de regulação (Coelho, 2011).

O direito civil-constitucional, como já mencionado, é uma fonte para o método tópico-problemático, buscando preceitos abertos, tanto na via legislativa quanto social, para se aproximar do caso concreto. Dessa forma, o direito civil-constitucional não se transforma em uma forma de interpretação direta de uma norma constitucional, mas em uma forma indireta, uma vez que a norma infraconstitucional será completada pelo preceito constitucional. Contudo, o foco da interpretação das relações

privadas é a autonomia das partes e deve ser preservado acima de valores constitucionais em abstrato.

4 AS INTERPRETAÇÕES NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO E O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: O AVANÇO E O RETROCESSO

Quando se depara com a ponderação entre avanço ou retrocesso do direito civil-constitucional, deve-se levar em consideração todos os tipos de interpretações expostas, sejam constitucionais ou não, uma vez que não se pode excluir o desenvolvimento social e a necessidade de atuação do Estado, como lembra Baracho Júnior: “A declaração de direitos fundamentais, quando desprovida de uma parcela da estrutura estatal responsável por sua efetivação, não é suficiente” (Baracho Júnior, 2023, p. 14).

O ponto central que se deve sopesar é que a parte que se demonstra capaz e consciente no momento de celebração de um contrato ou outro direito no âmbito privado deve ter seu acordo e vontade respeitados em eventuais litígios sobre ele. O que deve ser levado em consideração é o que foi pactuado entre as partes, especialmente no que tange a eventuais individualidades do caso.

O direito civil-constitucional complementa a interpretação do caso com parâmetros abstratos de boas condutas. No entanto, ele não deve ser considerado como o primeiro fator de análise. A análise deve começar pelo contrato ou outro direito no âmbito privado, e pela capacidade das partes, juntamente com sua vontade, sendo essa sinergia o caminho ideal. Contudo, hoje, primeiro se olha o preceito geral antes do individual, o que não é o caminho correto.

A evolução e a valorização das relações privadas, em especial a valorização do individual, são uma valorização dos direitos fundamentais e da dignidade humana. No momento de ponderação de princípios ou relações constitucionais com o privado, a autonomia deve ganhar maior peso, diante do valor da liberdade individual (Calamandrei, 1965, p. 126).

A interpretação de casos, por si só, já é um procedimento complexo e ramificado (Costa, 2024). No âmbito privado, valer-se dessa individualização é ainda mais difícil, em virtude do sistema de precedentes e da celeridade da justiça, que tem um custo interpretativo. Todavia, dar a liberdade hermenêutica ao juiz é um dos caminhos. O Estado Democrático e eclético é uma conquista que deve ser comemorada. Entretanto, os caminhos de interpretação para os ramos do direito vêm perdendo essa autonomia, passando para uma interpretação unificada de situações jurídicas, não casos concretos (Streck, 2010).

O direito produzido pelo caminho democrático deve ser considerado como balizador no direito privado. Cabendo interpretação, a discricionariedade do juiz no âmbito privado é oposta à do público. Marcos e parâmetros legislativos são guias para decisões que se aproximem do caso concreto e amoldem à verdadeira realidade, mas não à realidade de massa que o direito público permeia (Streck, 2009).

Essa capacidade de interpretação e de tomada de decisões que se amoldem ao caso concreto deve ser explorada no âmbito da formação de intérprete, em especial dos juízes. Quando atua em casos de direito privado, o juiz deve se aproximar da realidade para alcançar maior efetividade. Entretanto, o estudo de interpretações específicas fica em segundo plano. Ainda, o juiz que se aprofunda nas interpretações de direito privado e sabe utilizá-las bem valida todo o sistema da vida privada sem afrontar a Constituição.

Como Freitas reflete: “a formação dos juízes tem sido apontada por vários autores como uma das saídas para responder aos desafios impostos ao Judiciário na sociedade contemporânea” (Freitas, 2005, p. 36). Essa saída retoma o espaço do direito privado no privado, em que o caso concreto deve fazer “lei” entre as partes. O fortalecimento da interpretação não constitucional, mas sim privada, sem ser considerada como ativismo, é o caminho para a qualidade das decisões e soluções judiciais. O juiz, ao saber diferenciar casos de violações de direito de massas, aplicando padronizações

de decisões e entendimentos, garante a mesma efetividade à justiça. Em determinados casos, ele deve deixar de aplicar a interpretação padronizada para situações particulares que se valem mais do que o todo, devendo fundamentar de forma robusta para posterior análise de outros magistrados, que devem seguir o mesmo entendimento, uma interpretação do privado como privado.

Apesar das dificuldades, especialmente no início da carreira, a formação profissional corrente voltada para a interpretação de ramos específicos do direito deve ter um foco maior no âmbito dos magistrados, para garantir segurança e autonomia no momento de interpretação. A integração da pesquisa acadêmica ao currículo deve ser outra vertente valorizada pelas instituições, não só para magistrados, mas também para toda a equipe de apoio, uma vez que, em diversas comarcas do interior, a pesquisa é deixada de lado devido à estrutura precária de trabalho (Olsson, 2012).

Os valores constitucionais levados para interpretações em casos concretos, por qualquer das partes que se sintam lesadas ou pelo próprio magistrado, como forma de interpretação, garantem uma abordagem à primeira vista acertada. No entanto, os valores e vontades primordiais devem ser sopesados de forma preponderante ao longo da interpretação (Ribas, 2024).

Toda essa formação voltada para a interpretação valoriza o direito civil-constitucional, uma vez que ele é um fator de interpretação. No entanto, deve ser conjugado com a valorização do individual. Assim, a junção de uma interpretação ao caso concreto ou uma interpretação voltada para o social e os fatores preestabelecidos na Constituição deve ser o caminho a seguir, de maneira que, em determinados momentos, o individual se sobrepõe aos valores elencados na Constituição para prevalecer a autonomia, que, em certos casos, não necessita de valorização constitucional, mas sim de valorização da autonomia.

Deve-se compreender isso como percepção judicial, não como ativismo, resultando no senso de justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das transformações e desafios enfrentados pelo direito privado nos últimos anos, é evidente a necessidade de buscar novas abordagens e soluções para garantir a efetividade e a justiça na resolução dos conflitos entre as partes.

Nesse sentido, a concentração de esforços e a especialização na interpretação das normas do direito privado, em consonância com os princípios constitucionais, surgem como alternativas.

A centralização da análise e da interpretação das demandas judiciais em um enfoque que valoriza tanto a esfera privada quanto a pública pode contribuir significativamente para a efetividade social e a justiça nas decisões, resultando em benefícios tanto para as partes envolvidas quanto para a sociedade como um todo.

Além disso, a integração de novas abordagens interpretativas e técnicas jurídicas pode potencializar ainda mais os resultados, promovendo uma gestão mais equilibrada e justa dos conflitos.

É fundamental que a efetividade de uma nova abordagem interpretativa esteja diretamente relacionada à sua capacidade de atender às demandas do caso concreto e, portanto, é essencial que a sua aplicação e desenvolvimento sejam pautados pela interpretação.

Diante do exposto, conclui-se que uma abordagem interpretativa especializada no direito privado, que considera em determinados momentos apenas o individual, com normas de natureza individual, é o caminho. Todavia, em certos momentos e análises, é necessário observar os preceitos constitucionais. Esse avanço e valorização do privado passam pelo olhar técnico do magistrado e sua intervenção.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e prática do processo civil comparado com o comercial hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1935.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Processo e jurisdição constitucional. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 10-26, 2023. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/9059>. Acesso em: 26 jul. 2024.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional (Série IDP)*. São Paulo: SRV Editora Ltda., 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 jul. 2024.

CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. In: *OPERE Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965. v.1, p. 1-724.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. 4. ed. Pádua: [s. n.], 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: SRV Editora Ltda., 2011. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 28 jul. 2024.

COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: SRV Editora Ltda., 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599718/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

FREITAS, Graça Maria Borges de. A reforma do Judiciário, o discurso econômico e os desafios da formação do magistrado hoje. *Revista Tribunal Regional Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 31-44, jul./dez. 2005.

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: SRV Editora Ltda., 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628854/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776375/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil*, [s. l.], v. 65, p. 21-32, 1993.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Introdução à ciência do direito privado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773411/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Instituições de Direito Público e Privado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984960/>. Acesso em: 27 jul. 2024.

OLSSON, Giovanni. A formação institucional de magistrados como garantia da cidadania. *Novos Estudos Jurídicos*, [s. l.], v. 17, n. 3, p. 469-478, 2012.

RIBAS, Daniel Stefani. *Responsabilidade civil do empregador: critérios para a redução de indenizações*. São Paulo, Dialética. 2024.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A passagem do Direito Civil "tradicional" para o Direito Civil-Constitucional: uma revisão de literatura. *Revista Videre*, [s. l.], v. 12, n. 25, p. 252-276, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6832-8/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen recht*. Aalen: Scientia Verlag, 1981. v. I (2. nova impr. da ed. de Berlim 1840).

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [s. l.], v. 10, n. 04, 9-27, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, Rio de Janeiro, n. 41, p. 1-41, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos estudos jurídicos*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. *Anima-Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, Curitiba, n. 1, p. 1-29, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*, [s. l.], v. 3, p. 23-58, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, [s. l.], n. 17, p. 223-235, 2005.

WEINBERGER, Ota. *Law, institution and legal politics*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publisher, 1991.

WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. ed. Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1956.

200
anos



O ATIVISMO LEGISLATIVO POR MEIO DAS EMENDAS ORÇAMENTÁRIAS E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL EMERGENTE

THE LEGISLATIVE ACTIVISM THROUGH BUDGET AMENDMENTS AND THE EMERGING PARADIGM

André Ladeira da Rocha Leão¹
Roberto Almeida da Rocha Leão²

RESUMO

No modelo decisório da última palavra, os poderes travam uma batalha por espaço. O caso das emendas parlamentares orçamentárias ilustra a insuficiência desse modelo. Este artigo pretende investigar o que está por trás da disputa pelo orçamento federal e sugere como encontrar uma solução para o impasse na repartição de verbas orçamentárias entre objetivos mais abrangentes e objetivos regionais e locais. A partir da revisão bibliográfica e documental, da análise qualitativa e do método jurídico-descritivo e exploratório, a pesquisa se inicia pela caracterização da ascensão do Poder Judiciário no Brasil e no mundo. Em seguida, investiga as categorias de ativismo judicial, correlacionando-as com o arranjo institucional brasileiro. O terceiro passo será a apresentação do modelo decisório emergente no constitucionalismo brasileiro, que passa a colher as vantagens de um modelo dialógico e colaborativo de revisão judicial dos atos provenientes do espaço majoritário. Conclui-se que a perspectiva dialógica fomenta o debate sobre os significados constitucionais no espaço majoritário, bem como agrega valor à democracia brasileira ao aumentar a qualidade da deliberação pública.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), mestre em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec). E-mail: ladrleao@gmail.com.

² Graduando em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), estagiário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). E-mail: rocha1904leao@gmail.com.

Palavras-chave: ativismo legislativo; emendas parlamentares orçamentárias; modelo dialógico do controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

In the last word decision-making model, the powers are fighting for space. The case of parliamentary budget amendments illustrates the insufficiency of this model. This article aims to investigate what is behind the dispute over the federal budget and suggests how to find a solution to the impasse in the division of budget funds objectives and regional and local objectives. Based on the bibliographic and documentary review, qualitative analysis and the legal descriptive and exploratory method, the research begins by characterizing the rise of the judiciary in Brazil and the world. It then proceeds to investigate the categories of judicial activism, correlating them with the Brazilian institutional arrangement. The presentation of the emerging decision-making model in Brazilian constitutionalism, which begins to reap the advantages of a dialogical and collaborative model of judicial review of acts originating from the majority space. It is concluded that the dialogical perspective encourages debate about constitutional meanings in the majority space, as well as adding value to Brazilian democracy by increasing the quality of public deliberation

Keywords: legislative activism; parliamentary budget amendment; dialogical model of constitutionality control.

1 INTRODUÇÃO

Um deputado federal chega ao Ministério das Cidades levando um pleito de construção de uma ponte, ou de uma obra de interesse da localidade que o elegeu. É encaminhado para uma sala de espera.

Por certo, a Câmara dos Deputados deve direcionar seus esforços para temas nacionais, bem como para fiscalização da execução orçamentária. Mas também é certo, e legítimo, que as lideranças locais procurem deputados para apresentarem demandas que não estão contempladas no planejamento nacional.

Nem sempre as condições políticas são favoráveis a um diálogo interinstitucional, e a agenda dos ministros nem sempre contempla a visita de todos os deputados federais. Após aguardar bastante tempo, o deputado se retira. Essa era uma reclamação comum entre os deputados federais, especialmente os de oposição.

A falta de interlocução gerou um sentimento difuso na Câmara dos Deputados de que o acesso aos ministros de Estado é dificultado por questões ideológicas e interesses político-partidários. O desgaste aumentou ao ponto de o Poder Legislativo aprovar emendas orçamentárias vinculantes. Doravante, os ministros é que procurariam os deputados para consertarem o direcionamento de verbas públicas para projetos sociais das mais diversas envergaduras, tanto no plano nacional quanto regional e local.

A inquietação que ensejou a presente reflexão tem origem na falta de mecanismos de interlocução entre os poderes capazes de evitar uma batalha pelo controle do orçamento. A tentativa de se instaurar um “parlamentarismo orçamentário”, com deputados destinando verbas diretamente, sem o controle ou o planejamento do Poder Executivo, revela a dificuldade de interlocução política em um ambiente polarizado.

Como reação à falta de interlocução entre os poderes, o Congresso aprovou as Emendas nº 86, 100, 105, 126 para destinar, em montantes crescentes, parte do orçamento nacional para demandas de suas bases políticas. Ao perder o controle de parte significativa das verbas discricionárias do orçamento federal, diante da dispersão provocada por emendas parlamentares para diversos fins, a atividade de planejamento e execução de políticas públicas sociais se viu comprometida.

Diante desse quadro, partidos governistas ajuizaram diversas ações³ no controle concentrado de constitucionalidade para as emendas constitucionais serem declaradas inconstitucionais, retirando o caráter vinculante das emendas parlamentares orçamentárias. Esse é o pano de fundo deste artigo. A partir daqui começa uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário no equacionamento desse tipo de controvérsia.

Sustenta-se que o direito pode ter um papel importante na construção de pontes entre os poderes, valendo-se do material proveniente das fontes formais, mas também do direito que está latente (Otero, 2017, p. 235) e que vem à tona com a fricção das controvérsias jurídicas. Também aqui é relevante o contexto interinstitucional, determinante para a calibragem do modelo decisório a ser adotado pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes.

Um bom texto legal, ou uma bem-intencionada decisão judicial, não é capaz de, sozinho, alterar o comportamento renitente de outros poderes. É preciso acabar com a cegueira institucional (Sunstein; Vermeule, 2003) a fim de que se possa pensar em uma interação governamental que considere o contexto concreto no qual está inserida a controvérsia constitucional. É preciso reconhecer que fatores jurídicos e extrajurídicos interferem no processo deliberativo dos três poderes.⁴

Este trabalho vai oferecer uma perspectiva gradualista e dialógica⁵ da revisão judicial dos atos dos outros poderes, um modelo sub ideal para o controle de constitucionalidade dos

³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n° 850, 851, 854 e 1014, que trataram do “orçamento secreto” e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) n° 7688 e 7695, que tratam das “emendas pix” e das emendas vinculantes, respectivamente.

⁴ Para um estudo sistemático dos diversos fatores que influenciam os processos deliberativos no Supremo Tribunal Federal, confira-se: Novelino, 2021. Na mesma linha, oferecendo um estudo empírico pragmático sobre o processo deliberativo do STF e da Corte Constitucional Espanhola: Vale, 2019.

⁵ São inúmeros os trabalhos sobre teorias dialogais de revisão judicial. No Brasil, destacam-se, entre outros: Brandão, 2012; Costa, 2014; Mendes, 2008. Na doutrina estrangeira, destacam-se, entre outros: Bateup, 2005; Friedman, 2005; Tulis, 2003, p. 200-211.

atos normativos. Seu resultado vai além da dicotomia “ativismo ou deferência”, na linha sustentada pela doutrina dos diálogos institucionais.

A ideia de Constituição Colaborativa (Kavanagh, 2024), pensada a partir da realidade do Reino Unido e semelhante ao que vai no texto, procura enfatizar a necessidade de se construírem pontes e de impulsionar o debate sobre os significados constitucionais no espaço majoritário e na esfera pública,⁶ ao passo que propõe o modelo do “juiz parceiro” que almeja construir, em conjunto e resguardadas as peculiaridades de cada espaço deliberativo, soluções para problemas de moralidade política saliente.

O paradigma emergente, na linha da Constituição Colaborativa⁷ (Kavanagh, 2024), traduz um modelo dialógico, que procura maximizar a interação interinstitucional entre os poderes na construção dos significados constitucionais, aumentando a performance das deliberações públicas e minimizando animosidades e tensões que levam ao abuso de poder e ao conflito.

No lugar da batalha entre os poderes,⁸ um modelo que vise o equilíbrio interinstitucional e promova a qualificação do processo deliberativo nos espaços públicos, agregando valor

⁶ Esfera pública constituída pela dimensão social cujos interesses, valores e expectativas de normas vigentes e decisões vinculantes configuram a arena do dissenso (Neves, 2012, p. 132).

⁷ Aileen Kavanagh (2024), embora reconheça o mérito da abordagem dialogal, por tentar retratar a interação entre os poderes, o que revela preocupação com a dinâmica interinstitucional, prefere descrever essa complexa relação como uma construção colaborativa. Em suas palavras: “However, whilst it opened up a fruitful debate about the interactive dynamics between the branches of government, this chapter has argued that ‘dialogue’ was a misleading metaphor which ultimately distorted our understanding of the relationship between the branches. Though it promised to leading us beyond ‘the dead end of polarising positions’, it ended up leading us down some more blind alleys. [...] viewed in the context of constitutional practice, the relationship between the branches looks less like a conversation and more like a complex division of labour between differently situated institutions carry out their respective roles, whilst simultaneously working together as partners in a collaborative constitutional enterprise” (Kavanagh, 2024, p. 85).

⁸ O “jogo duro” entre os poderes recebeu percuciente reflexão doutrinária, confira-se: Tushnet, 2004, p. 523-553.

ao processo democrático brasileiro. Em vez da disputa política da última palavra, um modelo que leve a sério o que cada poder pode oferecer ao debate público, exigindo-se respeito e deferência entre todos em cada rodada deliberativa.

O processo político é dinâmico e contextual. As margens entre os poderes são fluidas⁹ nos casos difíceis.¹⁰ Tal constatação não autoriza o arbítrio ou a indiferença entre os poderes. Acredita-se que melhorar a interação interinstitucional pode resultar em soluções compromissórias, que retratem a melhor versão dos significados constitucionais, passíveis de implementação, no dia seguinte. Esse é o objetivo desta reflexão.

O caminho é desafiador. A partir da análise bibliográfica e documental, de perspectiva qualitativa e do método dedutivo, o raciocínio seguirá etapas. O primeiro passo será apresentar e descrever a ascensão jurisdicional, no Brasil e no mundo. Em seguida, algumas palavras sobre a conhecida lição doutrinária que categoriza algumas espécies de ativismo judicial, correlacionando-as com o arranjo institucional brasileiro. Nesse ponto do trabalho, especial atenção será dada ao ativismo judicial, diante da grande repercussão que a ascensão do Poder Judiciário provocou, e ainda provoca. Próximo da conclusão, uma reflexão sobre o paradigma emergente no que toca à revisão judicial dos atos normativos dos outros poderes. Por fim, conclui-se que o direito tem um papel a desempenhar, mesmo em ambientes políticos altamente polarizados e repletos de desinformação.¹¹ Uma postura dialogal, ou colaborativa, embora não seja uma panaceia para todos os males, aprimora o processo deliberativo nos espaços majoritários, fomentando a reflexão sobre os significados normativos por todos os poderes, que devem atuar em conjunto, equilibradamente. Acredita-se seja o modelo possível, sub ideal, capaz de diminuir o mal-estar

⁹ Sobre a necessária revisão do princípio da separação dos poderes, confira-se: Rocha Leão, 2023.

¹⁰ Casos difíceis são as situações de vagueza da linguagem, de contradições normativas, de ausência de norma expressa e de possibilidade de decisão contra o texto expresso (Alexy, 2009, p. 83-84).

¹¹ O tema da desinformação não poderá ser desenvolvido neste trabalho, mas sugere-se a leitura de: Aryeli, 2024.

constitucional, que impede uma reflexão mais cuidadosa sobre o tema.

2 ASCENSÃO JURISDICIONAL

O texto constitucional e a prática jurídica brasileira refletem o paradigma dominante no controle de constitucionalidade de atos administrativos e legislativos, que vê o Poder Judiciário como o guardião supremo da Constituição Republicana de 1988 (CRFB/88). Assim, nos casos de complexas controvérsias constitucionais, caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF) proferir a palavra final, e mesmo, quem sabe, errar por último. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário exerceria um controle forte de constitucionalidade que permitiria a anulação de leis e atos administrativos, sempre que entendesse terem sido violadas normas constitucionais. Representativo desse modelo supremacista, destaca-se:

O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pela maioria da Corte, julgou procedente a ADI 2.860, proposta em face da Lei nº 10.628, sobretudo por considerar necessária a sublimação da sua opinião sobre a questão de fundo, para preservar as competências do STF em face de intrusões do Legislativo. A propósito, três argumentos principais foram utilizados na fundamentação de seu voto: a Lei em análise, por ter como “objeto imediato” prover uma determinada interpretação à Constituição, padeceria de inconstitucionalidade formal, “ínsita a qualquer norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior”. Além disso, apresentaria vício de inconstitucionalidade material lei que se destinasse a alterar a interpretação dada pelo STF à norma constitucional, pois, havendo a própria Constituição conferido ao STF o elevado mister de ser o seu guardião (art. 102, *caput*, da CF/88), as decisões deste Tribunal em matéria de interpretação constitucional não poderiam ficar à mercê do referendo do legislador ordinário. Por fim, deduziu argumento que sintetiza os anteriores: admitir a validade de lei frontalmente contrária à jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constan-

ger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito (Brandão, 2012, p. 11).

O mencionado aresto retrata o paradigma supremacista dominante, que atribui ao STF a missão de fixar, definitivamente, o significado vinculante do texto constitucional, subordinando os demais poderes ao referido entendimento.

Esse também é o paradigma da maior parte das nações pelo mundo, sendo certo que 151 países adotam o modelo de cortes constitucionais (Ginsburg, 2008, p. 81), em um movimento de judicialização da política originado no pós-guerra, que vem predominando na contemporaneidade. Mesmo Reino Unido¹² e França,¹³ países que não admitiam nenhuma forma de controle repressivo de constitucionalidade, passaram a adotar tratados internacionais de direitos humanos, criando cortes constitucionais¹⁴ com competência para declarar a incompatibilidade de leis e atos administrativos quando confrontarem as respectivas convenções sobre direitos fundamentais.

A preocupação com o conteúdo das leis, surgida no pós-guerra, transformou a normatividade do direito. Textos legais deixaram de valer, apenas, pelo seu *pedigree*. Não será direito o texto com qualquer conteúdo, como se a lei fosse um veículo vazio para qualquer aventura autoritária. Um mínimo de justiça, ou uma pretensão de correção (Alexy, 2009, p. 41), passou a integrar o direito, que, doravante, apresentaria dupla natureza.¹⁵

Movimentos constituintes após a Segunda Guerra Mundial, desconfiados do legislador ordinário, passaram a

¹² Para um interessante estudo sobre a análise da compatibilidade das leis e precedentes com o Human Rights Act (HRA) no Reino Unido, confira-se: Kavanagh, 2024, p. 230-266.

¹³ A França passou a contar com um controle repressivo de constitucionalidade no ano de 2008 (Vale, 2019, p. 53).

¹⁴ No mesmo sentido, André Rufino Vale desenvolve o tema e faz referência aos diversos "cenários" que propiciaram a naturalização de um controle forte de constitucionalidade, a partir de um rol generoso de direitos e da criação de Cortes Constitucionais (Vale, 2019, p. 45).

¹⁵ Sobre a dupla natureza do direito, confira-se: Alexy, 2009.

positivar direitos fundamentais e a prever cortes constitucionais responsáveis pela verificação da compatibilidade de atos administrativos e legislativos com as normas constitucionais.

Se no constitucionalismo liberal desconfiava-se dos juízes, por serem os representantes aristocráticos dos monarcas, no constitucionalismo do pós-guerra, desconfiou-se dos legisladores e dos líderes autocráticos. A constituição passou para o centro dos sistemas jurídicos, adquirindo forte normatividade, em um ambicioso movimento que tenta vinculá-la ao poder político.

A Constituição Brasileira é caudatária desses movimentos constitucionalistas do pós-guerra. Possui um rol generoso de direitos e inclui diversos temas em seu texto, como cultura, meio ambiente, educação, política urbanística, orçamento, previdência, ordem econômica, entre outros, revelando uma pretensão praticamente totalitária do projeto constituinte.

A centralidade da Constituição Republicana provocou uma releitura dos diversos ramos do direito e ensejou o desenvolvimento de um raciocínio mais complexo de aplicação das normas jurídicas.

Surgiram a Teoria dos Princípios (Alexy, 2011b) e a Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy, 2011a), que sofisticariam o raciocínio judicial e permitiriam aos intérpretes do direito oferecerem soluções para controvérsias constitucionais mais distantes da superficialidade do texto.

Supremacia judicial, constitucionalização da vida e métodos hermenêuticos que propiciam soluções mais distantes da superficialidade dos textos, somados, resultaram em decisões mais ativistas (em relação ao paradigma liberal) e permitiram um gradiente de soluções baseadas em princípios implícitos decorrentes de textos constitucionais com palavras vagas ou com textura aberta. O que parecia bom trouxe diversas inquietações ao meio acadêmico e à sociedade. Surgiram críticas à postura menos contida do Poder Judiciário. O próximo passo deste trabalho será atribuir significado à postura mais

ativista na revisão de atos do espaço majoritário a partir da sistematização realizada por Keenan D. Kmiec (2004).

3 AS CATEGORIAS DE ATIVISMO DE KEENAN D. KMIEC (2004) E O ARRANJO INSTITUCIONAL BRASILEIRO

Não será possível um aprofundamento do estudo do fenômeno do ativismo judicial no exíguo espaço deste trabalho, mas a transposição das categorias do ativismo formuladas pelo citado autor para a prática constitucional no Brasil, embora exija algum esforço de “aclimatação”, facilita a compreensão do paradigma emergente da revisão judicial no Brasil.

O papel de reforço da proteção de direitos atribuído às cortes constitucionais ensejou uma grande produção acadêmica sobre os limites da Jurisdição Constitucional. Em texto clássico sobre o exercício abusivo da jurisdição constitucional, Keenan D. Kmiec (2004) procurou enumerar as categorias jurídicas do que viria a ser conhecido como ativismo judicial. Assim, fariam parte da denotação da expressão “ativismo judicial” as seguintes categorias: a anulação de atos provenientes de outros poderes; a não aplicação de precedentes claros sobre o tema discutido; a criação de normas; o uso pouco criterioso de métodos hermenêuticos que se afastam da superficialidade do texto; e o julgamento orientado pelas consequências, em detrimento de textos claros.

Essas categorias, que retratariam uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, encontrariam acolhida eufórica de segmentos doutrinários. Presente qualquer uma delas, via-se com um viés negativo a atuação dos juízes constitucionais.

No Brasil, convivem diversos mecanismos de controle de constitucionalidade. Aqui, tem-se o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse ponto, embora o Poder Legislativo não esteja impedido de legislar novamente sobre um tema que foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, o texto impugnado e declarado

incompatível com a Constituição Brasileira é considerado nulo e perde sua vigência.

Acredita-se que esse ponto deva ser ressaltado: o Poder Legislativo está sujeito à eficácia erga omnes das decisões proferidas no controle objetivo de constitucionalidade, embora não esteja sujeito ao efeito vinculante, como o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O que significa dizer que, no plano federal, a mesa do Senado ou da Câmara dos Deputados, ao ajuizarem uma ação direta de inconstitucionalidade, estarão sujeitos aos efeitos da decisão e o ato vergastado, se vier a ser considerado nulo, não terá validade para nenhum dos poderes.

Relevante destacar também o fato de que uma lei, ao ser declarada inconstitucional e perder sua vigência para todos os poderes, não impede que o Poder Legislativo provoque nova rodada procedimental e elabore um novo texto, considerando o decidido na rodada anterior, que tratou do texto expungido do ordenamento jurídico.

A primeira categoria de ativismo, consistente na possibilidade de anulação dos atos dos três poderes, não desperta grande controvérsia, já que é uma prática corriqueira no constitucionalismo brasileiro. Aqui, os mecanismos de controle de constitucionalidade constam do texto constitucional e estão regulados por lei ordinária, proveniente do espaço majoritário.

A segunda categoria de ativismo também precisa adequar-se à construção de uma sistemática que está em andamento.

No Brasil, a valorização dos precedentes como fonte do direito veio se somar à fonte mais importante de nossa tradição, o texto proveniente do Poder Legislativo, que ainda é o principal ingrediente com que são construídas soluções jurídicas para problemas complexos. O novo Código de Processo Civil de 2015 tentou sistematizar uma aplicação consistente dos precedentes judiciais obrigatórios no Brasil. A doutrina segue tentando elaborar um paradigma doutrinário coerente e íntegro, que considere a necessidade de respeito à tradição e à segurança

jurídica, com as exigências de transformação da realidade e proteção de um mínimo de justiça a quem procura o Poder Judiciário.

A eficácia horizontal e vertical dos precedentes vai depender de uma sistematização doutrinária e do comportamento judicial, que deve ser mais deferente à regra fixada no precedente, evitando-se distinções baseadas em contextos particulares. Entretanto, a linha que divide a necessidade de conservar um entendimento da necessidade de distinguir, proveniente do contexto decisório, não é fixada com régua e compasso.

Ponto importante a ser destacado é que a aplicação de textos normativos difere parcialmente da aplicação de precedentes. A subsunção,¹⁶ método de aplicação de regras jurídicas, não tem a mesma força na aplicação dos precedentes, embora faça parte do raciocínio parcelar que compõe as soluções provenientes dessa forma de reflexão com decisões paradigmáticas anteriores.

No trabalho com precedentes, utiliza-se a comparação.¹⁷ Isso significa dizer que há a categorização entre casos familiares e casos que possuem uma distinção relevante. Aqui, também há a subsunção do grupo de casos à opção decisória anterior, mas o raciocínio global é por comparação, diferentemente do trabalho com textos legislativos, dominado, globalmente, pela imputação dos fatos à norma.

Na aplicação de precedentes também não há uma delimitação imutável e definitiva. É preciso reconhecer que o texto, seja de uma lei ou de um precedente, precisa da mediação do intérprete, por mais que se exija objetividade na fundamentação de decisões judiciais, uma vez que, no processo deliberativo, interferem fatores jurídicos e extrajurídicos.

¹⁶ Subsunção aqui entendida como o raciocínio lógico de imputação dos fatos à hipótese legal descrita em uma regra jurídica.

¹⁷ Para um estudo mais abrangente sobre as operações básicas de aplicação do direito, subsunção, ponderação e comparação, confira-se: Alexy, 2019, p. 203-217.

A terceira categoria de ativismo, a criação¹⁸ de direito novo, é a mais complexa. Aqui, seria preciso fixar se o direito sempre está posto previamente no texto legal ou se o texto é o veículo de onde parte o intérprete para a construção de significados normativos vinculantes, que podem ser mais próximos, ou mais distantes, da superficialidade do texto. Pode-se dizer que há um certo consenso doutrinário de que a maioria dos casos encontra um direito posto, que oferece uma solução razoável para controvérsias jurídicas, mas, por serem vazados em palavras, os textos¹⁹ contêm uma abertura própria a esse veículo normativo. Para além da textura aberta das palavras, de sua vagueza inerente e dos conceitos indeterminados, há questões institucionais que também jogam um papel decisivo na construção da solução para complexas controvérsias constitucionais.

Questiona-se, neste trabalho, se existe mesmo uma clareza textual prévia, sujeita a algum consenso capaz de afastar a mediação do intérprete para a atribuição de significados normativos vinculantes. Sustenta-se que, nos casos controversos, a normatividade latente (Otero, 2017, p. 235), subjacente a textos aparentemente claros, possa ser levada à construção de soluções afastadas do sentido mais superficial dos textos, desde que se trabalhe com diretrizes decisórias claras, razoáveis e aceitáveis, ligadas ao direito em vigor.

Ao adotar essa categoria de ativismo, faz-se relevante que o direito seja compreendido como uma obra coletiva, que se inicia com a Constituição, mas é, também, mediada pelo intérprete, que não só dá sentido ao texto, como considera a tradição em que o direito está inserido e a necessidade de transformação social na linha da concretização das promessas constitucionais (Reis, 2018, p. 47).

¹⁸ Sobre a dificuldade e a ambiguidade da expressão “os juízes criam direito” recomenda-se: Carrió, 2011, p. 105-115.

¹⁹ Sobre os problemas decorrentes da linguagem empregada em textos normativos, confira-se: Rocha Leão, 2023, p. 15-42.

A quarta categoria de ativismo, a utilização de métodos hermenêuticos menos ortodoxos, também merece uma reflexão cuidadosa, considerando-se que o direito não se resume à literalidade dos textos legislativos, mas aos significados normativos que lhes são atribuídos, é importante que se desenvolva o controle dessa complexa atividade de reconstrução de sentidos.

A doutrina tradicional sustenta existirem diversos parâmetros hermenêuticos, como o elemento semântico, histórico, comparativo, sistemático e teleológico (Alexy, 2011 a, p. 232), que podem auxiliar o intérprete sempre que a literalidade do texto oferecer uma solução absurda, ou extremamente injusta. Não há hierarquia entre esses elementos hermenêuticos, porém, essa categorização falha por ser enviesada pelo formalismo exegético e por não estabelecer uma regra de prioridade entre os cânones hermenêuticos tradicionais.

A Teoria da Argumentação e a Teoria dos Princípios desenvolvidas no direito germânico (Alexy, 2011 a; 2011b) foram pensadas como uma orientação geral para se raciocinar com elementos tão vagos e orientar a justificação do direito por critérios argumentativos. O autor alemão peca por tentar apresentar uma fórmula matemática para o que é imponderável. Manuel Atienza (2017, p. 156) refere-se a esse esforço como a “falácia da precisão matemática”, sustentando ser, talvez, uma tentativa de agregar caráter científico à ponderação de normas. Seja como for, é preciso pesar argumentativamente as razões que fundamentam uma solução para uma controvérsia constitucional. Pesar, obviamente, em um sentido figurado. Também aqui, de nada adiantariam a régua e o compasso, ou mesmo uma fórmula matemática.

Com essa análise, o que se deseja ressaltar é que adequação, proporcionalidade, razoabilidade, o comparativismo e a ponderação de normas (para quem as aceita como um mecanismo válido) ajudam o intérprete na difícil tarefa de reconstrução de significados normativos aceitáveis e

universalizáveis, necessária para corrigir a literalidade dos textos e torná-los mais coerentes com os demais textos normativos, promovendo a necessária integridade do direito, o respeito à tradição e a reconstrução do direito com a consequente transformação social, quando necessário.

A última categoria, decisões orientadas pelas consequências, já encontrou grande acolhida no direito brasileiro. Primeiramente, pela possibilidade de suspensão de liminares, considerando-se fatores extrajurídicos, depois, pela sistematização da repercussão geral, que também impõe uma análise de fatores extrajurídicos, e, por fim, pela formalização da análise das consequências práticas da decisão na lei de introdução às normas no direito brasileiro, todos a concitar o intérprete a analisar o impacto concreto de sua decisão no contexto decisório.²⁰

Em suma, pode-se dizer que as categorias de ativismo elaboradas por Keenan D. Kmiec (2004) foram sistematizadas a partir do paradigma liberal, que via o sentido superficial do texto da lei ou do precedente como o veículo principal para a normatividade jurídica. Baseava-se, portanto, em uma perspectiva da separação de poderes estática e enviesada por um certo formalismo exegético, que ainda não compreendia o paradigma emergente.

A judicialização da vida, com a adoção de constituições cada vez mais dirigentes, o reconhecimento da normatividade dos textos constitucionais, que deixaram de representar apenas aspirações de mudanças em uma grande fila à espera do legislador ordinário, e a adoção universal do modelo de controle de constitucionalidade centrado em cortes constitucionais

²⁰ A suspensão de liminares em razão das consequências danosas está prevista: no art. 4º da Lei nº 8.437/92 e no art. 15 da Lei nº 12.016/09. A repercussão geral, criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi regulamentada pela Lei nº 11.418/2006, com a inclusão dos art. 543-A e art. 543-B no CPC/73, sendo certo que, atualmente, está regulada nos art. 1.030 e 1.035 et seq do CPC/15 e pelo Regimento Interno do STF. Por fim, a Lei nº 13655/18 alterou diversos artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), art. 20 e 21 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, para dispor que as consequências práticas das decisões devem estar no horizonte dos controladores e gestores públicos.

representaram as condições do paradigma juriscêntrico acolhido em mais de 151 países (Ginsburg, 2008, p. 81).

No Brasil, o avanço judicial sobre o espaço outrora blindado pela segurança da literalidade dos textos provocou críticas, para além das discutidas até aqui. Magistocracia (Mendes, 2023), ministocracia (Argüelles, 2018), supremocracia (Vieira, 2008), juristocracia (Hirschl, 2009) são alguns petardos doutrinários para o exercício do controle de constitucionalidade sem um balizamento seguro que oriente os outros poderes e a esfera pública.

Todos contêm importantes reflexões que apontam uma preocupação com o crescente decisionismo, especialmente o proveniente de decisões singulares em órgãos colegiados. Nesse sentido, talvez um modelo decisório dialógico, construtivo e predominantemente colegiado possa agregar uma melhor performance deliberativa à Corte Suprema nos casos de moralidade política saliente. Esse será o esforço que se fará a seguir.

4 O PARADIGMA EMERGENTE: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUIÇÃO COLABORATIVA

A separação de poderes não é estática. Não existe uma identidade constitucional imutável, que se mantenha ao longo do tempo. É preciso compreender que, para além da necessidade de garantias institucionais e da especialização de funções, deve-se agregar um elemento novo à sua denotação, que corresponda à dinâmica da complexa relação interinstitucional.

Em uma sociedade plural, os conteúdos constitucionais devem acompanhar a dinâmica social e oferecer a melhor perspectiva para uma controvérsia constitucional. Sobre a dinâmica interinstitucional, destaca-se:

A relação estabelecida entre a identidade constitucional e outras identidades existentes em uma sociedade (nacional, a étnica, a cultural, a religiosa) é apresentada dentro de uma lógica de coordenação, no sentido de que aquela deve

incorporar essas, num constante processo de assimilação e rejeição, ainda que parcialmente, a fim de tornar-se viável dentro do seu ambiente sócio-político. Assim, a identidade constitucional apresenta-se como aberta, complexa, parcial e incompleta, permanentemente reconstruída, já que a própria Constituição é um texto vivo que deve ser construído um processo constante e dinâmico. A Constituição, assim, apresenta-se de forma viva, cujo sentido é reconstruído, de forma permanente, por todos os intérpretes dos novos elementos que são introduzidos na identidade constitucional pela interpretação da Constituição, seja por que não existiam antes, seja porque conseguiram romper com os elementos anteriores (Costa, 2014, p. 183).

Palavras não são capazes de aprisionar fatos sociais complexos e dinâmicos. Para além do texto constitucional, os agentes públicos devem desenvolver uma relação saudável, a fim de que possam construir os conteúdos constitucionais em equilíbrio. A densificação dos conteúdos constitucionais depende de agentes públicos comprometidos com os princípios e valores constitucionais.

A reflexão inicial, que retrata o caso do deputado da oposição sem acesso ao ministro do partido adversário, é sintomática da ausência de uma cultura de cooperação que deveria orientar os três poderes. Nesse ponto, deve-se pensar em mecanismos que assegurem o acesso de congressistas e das demandas legítimas que representam, no intuito de que as demandas locais e regionais se integrem em um plano nacional mais abrangente. Essa necessária interação entre demandas de diversos níveis é que vai propiciar o desenvolvimento de políticas públicas necessárias ao cumprimento da Constituição e dos diversos interesses setoriais. Aqui, transparência, planejamento e algum grau de deferência a quem pensa diferente podem promover a ação pública na direção correta, que pode não ser a ideal, mas a sub ideal diante do contexto político do momento.

A polarização política está presente nas famílias, nos clubes recreativos e no poder público, criando empecilhos para

qualquer iniciativa, seja do governo, seja da oposição. Contudo, o que parece muito ruim, uma batalha por posições extremas, pode ser uma oportunidade de aperfeiçoamento institucional.

Emendas impositivas distorcem a natureza do orçamento federal, que sempre foi autorizativo e não vinculante. Ao Congresso sempre foi permitido questionar a destinação de recursos, fazer ajustes e fiscalizar a execução orçamentária. Contudo, o que as referidas emendas autorizaram vai muito além da atividade parlamentar: trata-se da destinação vinculante de parcela da verba discricionária do orçamento federal para o atendimento de demandas locais, comprometendo o núcleo essencial da atividade executiva, que é planejar e executar o orçamento aprovado pelo Congresso Nacional. Portanto, pode-se dizer que houve ativismo legislativo, uma vez que o legislador passou a ser o executor de emendas orçamentárias a partir de critérios pouco claros, um verdadeiro “parlamentarismo orçamentário”.

Entre as ações de controle concentrado que questionaram o avanço legislativo sobre o orçamento federal, há a ADI nº 7695 (Brasil, 2024b), na qual se discute a constitucionalidade das emendas parlamentares orçamentárias vinculantes. Nesse processo, o relator, Ministro Flávio Dino, concedeu liminar para suspender a execução de tais emendas, apresentando os motivos pelos quais o Congresso apresentou uma baixa performance deliberativa. Após apresentar um histórico do avanço do parlamento, por meio de emendas à Constituição Republicana de 1988 sobre as verbas discricionárias do orçamento federal, apresentou as perplexidades que o Congresso e o Poder Executivo teriam que contornar. Assim, após suspender o caráter vinculante de qualquer emenda parlamentar, esclareceu:

1. Não é compatível com a Constituição Federal a execução de emendas ao orçamento que não obedeçam a critérios técnicos de eficiência, transparência e rastreabilidade, de modo que fica impedida qualquer interpretação que confira caráter absoluto à impositividade de emendas par-

lamentares;

2. É dever do Poder Executivo aferir, de modo motivado e transparente, se as emendas parlamentares estão aptas à execução, conforme requisitos técnicos constantes da Constituição Federal, normas legais e regulamentares;

3. A execução das emendas parlamentares impositivas, quaisquer que sejam as modalidades existentes ou que venham a ser criadas, somente ocorrerá caso atendidos, de modo motivado, os requisitos, extraídos do texto da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais aplicáveis, sem prejuízo de outras regras técnicas adicionalmente estabelecidas em níveis legal e infralegal, conforme rol exemplificativo que se segue:

a) Existência e apresentação prévia de plano de trabalho, a ser aprovado pela autoridade administrativa competente, verificando a compatibilidade do objeto com a finalidade da ação orçamentária, a consonância do objeto com o programa do órgão executor, a proporcionalidade do valor indicado e do cronograma de execução;

b) Compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual;

c) Efetiva entrega de bens e serviços à sociedade, com eficiência, conforme planejamento e demonstração objetiva, implicando um poder-dever da autoridade administrativa acerca da análise de mérito;

d) Cumprimento de regras de transparência e rastreabilidade que permitam o controle social do gasto público, com a identificação de origem exata da emenda parlamentar e destino das verbas, da fase inicial de votação até a execução do orçamento;

e) Obediência a todos os dispositivos constitucionais e legais que estabeleçam metas fiscais ou limites de despesas. A execução de emendas impositivas fica sustada até que os poderes Legislativo e Executivo, em diálogo institucional regulem os novos procedimentos conforme a presente decisão, sem prejuízo de obras efetivamente já iniciadas e em andamento, conforme atestado pelos órgãos administrativos competentes, ou de ações para atendimento de calamidade pública formalmente declarada e reconhecida (Brasil, 2024b).

Em suma, o Ministro Flávio Dino esclareceu que, em nenhuma hipótese, poderá ser autorizada despesa pública

que não esteja apta à execução e, observados critérios de eficiência, transparência e rastreabilidade, apresentou, em detalhes, os requisitos constitucionais que precisam fazer parte de qualquer emenda parlamentar orçamentária. Ao final, instou os poderes Executivo e Legislativo a fixarem as diretrizes para o cumprimento das emendas parlamentares em diálogo institucional. Por fim, propôs um compromisso entre os poderes,²¹ no qual o Poder Executivo e o Poder Legislativo apresentariam uma proposta dialógica que considerasse o planejamento realizado pelo Poder Executivo na composição das emendas parlamentares. No entanto, essa nova abordagem atraiu críticas.

Os mais pessimistas apontaram o inconveniente de os julgadores realizarem um “acordo” sobre a constitucionalidade das emendas parlamentares. Tal “acordo” demonstraria a fraqueza do Poder Judiciário diante da batalha entre os poderes.

Outra perspectiva, mais otimista, compartilhada neste trabalho, defende que o compromisso em se buscar uma solução que atenda às necessidades locais e regionais, mas que também contemple o planejamento do Poder Executivo nacional é o melhor caminho para a solução da referida controvérsia constitucional. Sendo assim, a solução que se pretende não deve ser encontrada no café da Academia Brasileira de Letras. Afinal, não se trata de uma questão puramente semântica. Portanto, é melhor que seja construída uma solução que propicie significados constitucionais que considerem o contexto atual do Brasil.

Uma declaração de inconstitucionalidade, pura e simples, não enfrentaria o problema constitucional subjacente. Por outro lado, uma solução construída entre os poderes, que demonstre melhor performance deliberativa, ou seja, que aponte ao espaço majoritário os princípios e valores constitucionais que estão no seu caminho e devem ser considerados, traduz uma perspectiva alvissareira e fomenta a discussão sobre os

²¹ Houve uma reunião entre os três poderes para tratar de uma solução compromissória sobre os critérios de transparência e de destinação de emendas parlamentares. Confira-se: Supremo Tribunal Federal, 2024.

significados constitucionais, especialmente sobre o espaço de atuação de cada poder, na implementação de políticas públicas que contemplem questões nacionais, regionais e locais.

O montante destinado às emendas parlamentares vinculantes corresponde 22 a 24% (vinte e quatro por cento) das verbas discricionárias no orçamento federal. Tal quantitativo não encontra semelhança em nenhum outro país da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Outro aspecto que merece reflexão é a maneira pela qual tais verbas são implementadas: de forma pouco transparente e sem o controle do Poder Executivo.

O princípio da separação de poderes, que assegura um núcleo institucional mínimo ao Poder Executivo, bem como os princípios do planejamento, da eficiência, da transparência e da probidade, que obrigam um gasto racional e uma distribuição equitativa dos recursos entre os diferentes desafios públicos, são a razão de ser do Plano Plurianual da Lei de Diretrizes Orçamentária e da Lei Orçamentária.

Portanto, diminuir o montante destinado a esse tipo de emenda e a criação de mecanismos de interlocução que sejam transparentes e íntegros são salvaguardas constitucionais incontornáveis pelo Congresso. Essa é a tarefa que desafia os três poderes.

5 CONCLUSÃO

O modelo da última palavra no controle de constitucionalidade vem sofrendo rupturas que vão, paulatinamente, abalando seus alicerces. Gradualmente, percebe-se que o texto constitucional não é um obstáculo real à complexa interação entre os poderes. Sendo assim, tão importante quanto o texto é a complexa relação interinstitucional que pretende implementar as promessas constitucionais (Tushnet, 2010, p. 10).

É preciso que os agentes públicos se comportem e se motivem consoante os valores e princípios constitucionais. Apenas com a adesão dos outros poderes será possível

implementar as políticas públicas duradouras e abrangentes, necessárias à concretização dos direitos fundamentais.

Uma decisão bem-intencionada, que resolva uma complexa controvérsia jurídica a partir de considerações abstratas, não leva em consideração o dia seguinte. É preciso medir o impacto que a regra construída terá na implementação do que se pretende.

Se o Poder Legislativo elaborou uma lei que não demonstrou um bom desempenho deliberativo, é preciso instá-lo a promover um segundo olhar sobre o texto defeituoso. Mas, aqui, deve o Poder Judiciário apresentar os fundamentos pelos quais houve baixa performance deliberativa. Essa perspectiva dialógica provoca o envolvimento do legislador, ou do gestor público, na criação de soluções que possam traduzir uma escolha pública razoável e que levem em consideração as normas constitucionais. A partir daí, constrói-se um significado normativo para o texto constitucional legitimado pelo “pedigree” democrático e pela normatividade do texto constitucional.

O aprimoramento da interlocução entre os poderes, para além de decisões “tudo ou nada”, pode levar ao aperfeiçoamento da deliberação pública na tarefa compartilhada pelos três poderes de avançar em políticas públicas de maneira planejada e colaborativa. Para tanto, a criação de mecanismos de interlocução, que dispensem o deputado do início deste texto de aguardar um espaço na agenda do ministro e, por outro lado, dispense este de receber os 513 deputados federais, sempre que surgirem demandas locais, pode arrefecer a polarização política e aumentar a performance deliberativa nos três poderes.

Caso uma controvérsia desse jaez alcance o Poder Judiciário, deverá este fomentar o debate, desbloqueando a circulação de ideias e fixando as diretrizes constitucionais que estão no caminho do espaço majoritário. Nesse ponto, posto que não há significados metafísicos prévios a cada controvérsia constitucional, deve a Corte Suprema reconhecer sua racionalidade limitada, valendo-se de mecanismos que

umentem a participação social e melhorem a interlocução não só entre os poderes, mas entre estes e a esfera pública.

Por derradeiro, pode-se dizer que o modelo dialógico encontra terreno propício em demandas complexas baseadas em textos vagos, que precisam de densificação colaborativa entre os poderes, ou seja, não será sempre a melhor modelagem decisória para qualquer controvérsia jurídica. Para casos patológicos, cujas sanções estão fixadas em textos legais, caberá ao Poder Judiciário dar a palavra final, aplicando sanções e anulando atos ilícitos.

Em suma, o modelo dialógico não é a panaceia para todos os males, mas um modelo direcionado ao fomento do debate no espaço majoritário, limitado e contextual, especialmente importante no contexto da polarização política brasileira. É o melhor que o direito pode oferecer.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Dois ou três? In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: [s. n.], 2019. p. 203-217.

ALEXY, Robert. *O conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011b.

ARGUELES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos CEBRAP*, [s. l.], v. 37, p.13-32, 2018.

ARYELI, Dan. *Desinformação: o que faz pessoas racionais acreditarem em fake news, teorias da conspiração e outras coisas irracionais*. Rio de Janeiro: Sextante, 2024.

ATIENZA, Manuel. *Filosofia del derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

BATEUP, Christine. The dialogic promise-assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brook. L. Rev.*, Brooklyn, v. 71, p. 1.109, 2005.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e retificado em 17 jun. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 7.849, 30 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 1, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 100, de 26 de junho de 2019. Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 1, 26 jun. 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc100.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 105, de 12 de dezembro de 2019. Acrescenta o art. 166-A à Constituição Federal, para autorizar a transferência de recursos federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 2, 12 dez. 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc105.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Emenda constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 18, 21 dez. 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc126.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 7688. Plenário do STF. Direito constitucio-

nal. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 166-a, inciso I e parágrafos da constituição. Dispositivos que tratam das transferências especiais conhecidas como “emendas pix”. Inadequação dos mecanismos de transparência e rastreabilidade das transferências especiais. Risco de grave dano ao erário. Cautelar deferida em parte. Requerente: Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - ABRAJI. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Flavio Dino. 16 de outubro de 2024a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6987935>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 7695. Plenário do STF. Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Art 166-a, inciso I e parágrafos da constituição. Dispositivos que tratam das transferências especiais conhecidas como “emendas pix”. Inadequação dos mecanismos de transparência e rastreabilidade das transferências especiais. Risco de grave dano ao erário. Cautelar deferida em parte. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Flavio Dino, 16 de outubro de 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6996131>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Execução Orçamentária das despesas oriundas das emendas do Relator (classificadas sob o indicador RP 9). Manifestação das casas do Congresso nacional quanto ao cumprimento das providências cautelares determinadas nas ADPFs 850, 851, 854. Pedido de revogação da ordem de suspensão provisória da execução das verbas orçamentárias decorrentes de emendas do relator. Risco de prejuízo à continuidade da prestação de serviços essenciais à coletividade e à execução de políticas públicas. “*Periculum in mora*” caracterizado. Pedido acolhido, “*Ad referendum*”

do Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 854. Relatora: Min. Rosa Weber, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349083669&ext=.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. "Orçamento secreto". Despesas públicas resultantes de negociações ocultas entre o Executivo e sua base parlamentar de apoio no Congresso. Emendas do relator (classificadas pelo identificador orçamentário RP 9). Constatação objetiva da ocorrência de efetiva transgressão aos postulados republicanos da transparência, da publicidade e da impessoalidade no âmbito da gestão estatal dos recursos públicos, assim como do planejamento orçamentário e da responsabilidade na gestão fiscal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 850. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 851. Plenário do STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Execução orçamentária das despesas oriundas das emendas do relator (classificadas sob o indicador RP 9). Manifestação das Casas do Congresso Nacional quanto ao cumprimento das providências cautelares determinadas nas ADPFs 850, 851 e 854. Pedido de revogação da ordem de suspensão provisória da execução das verbas orçamentárias decorrentes de emendas do relator. Risco de prejuízo à continuidade da prestação de serviços essenciais à coletividade e à execução de políticas públicas. "*Periculum in mora*" caracterizado. Requerente: Partido Socialista Brasileiro - PSB. Intimado: Presidente da República. Pedido acolhido. Relatora: Min. Rosa Weber, 10 de março de 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>.

stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6194438. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 1014. Plenário do STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental “orçamento secreto”. Despesas públicas resultantes de negociações ocultas entre o executivo e sua base parlamentar de apoio no congresso. Emendas do relator (classificadas pelo identificador orçamentário RP 9). Constatação objetiva da ocorrência de efetiva transgressão aos postulados republicanos da transparência, da publicidade e da impessoalidade no âmbito da gestão estatal dos recursos públicos, assim como do planejamento orçamentário e da responsabilidade na gestão fiscal. Requerente: Partido Verde - PV. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6492811>. Acesso em: 16 set. 2024.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

COSTA, Luciana da Silva. *A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Londres: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

HARTUNG, P.; MENDES, M.; GIAMBIAGI, F. As emendas parlamentares como novo mecanismo de captura de orçamento. *Revista Conjuntura Econômica*, [s. l.], v. 75, n. 9, p. 20-22, 2024.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

KAVANAGH, Aileen. *Colaborative Constitution*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2024.

KMIEC, Kenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review*, Califórnia, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *O discreto charme da magistratura: vícios e disfarces do judiciário brasileiro*. São Paulo: Editora Todavia, 2023.

NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Editora VWF Martins Fontes, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF*. Salvador: JusPovm, 2021.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Ed. Edições Almedina, 2017.

REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROCHA LEÃO, André Ladeira da. *Política pública em movimento: a reconstrução de normas no modelo performativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 101, p. 885-951, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Nota conjunta da reunião entre ministros do STF, Câmara, Senado e Executivo sobre emendas parlamentares. 20 ago. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/nota-conjunta-sobre-reuniao-entre-ministros-do-stf-camara-senado-e-executivo-sobre-emendas-parlamentares/>. Acesso em: 18 set. 2024.

TULIS, Jeffrey. Deliberation between Institutions. In: FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (ed.). *Debating deliberative democracy*. [S. l.]: [s. n.], 2003. p. 200-211.

TUSHNET, Mark. Constitutional Harball. *Jonh Marshal Law Review*, Chicago, n. 523, p. 523-553, 2004.

TUSHNET, Mark. *Why the constitution matters*. United States of America: Yale University Press, 2010.

VALE, André Rufino. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. São Paulo: Almeidina, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de direito FGV*, São Paulo, v. 8, p. 441-463, jul.-dez. 2008.

200
años



A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO PARA A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

CONSTITUTIONAL MUTATION AS A MECHANISM FOR THE PRACTICE OF JUDICIAL ACTIVISM

Brena Beatriz Barbosa¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo da ciência jurídica, visando demonstrar, por meio da análise do Direito, do ordenamento jurídico e das decisões proferidas pelas Cortes Superiores e Suprema, a presença do ativismo judicial por intermédio do fenômeno da mutação constitucional. Dessa maneira, além de produzir insegurança jurídica no sistema de tripartição dos poderes, viola princípios e direitos fundamentais. Foi realizada uma seleção de leituras seletiva-crítica, a doutrina alemã de Karl Loewenstein sobre mutação constitucional, pesquisas históricas sobre a tripartição dos poderes proposta por Montesquieu e seu reflexo na Carta Magna nacional, bem como análise dos casos reais presentes nas ações impetradas perante o Excelso Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: mutação constitucional; ativismo judicial; tripartição dos Poderes; direito fundamental; Constituição da República.

ABSTRACT

This article aims to study legal science, aiming to demonstrate through the analysis of Law, the Legal System and the decisions handed down by the Superior and Supreme Courts, the presence

¹ Assistente de Gabinete na Comarca de Uberaba/MG, pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal, especialista em Direito Processual Civil, bacharela em Direito pela Universidade de Uberaba. *E-mail:* brenabeatriz-barbosa@hotmail.com.

of judicial activism through the phenomenon of Constitutional Mutation. In this way, in addition to producing legal uncertainty in the tripartite system of powers, it violates Fundamental Principles and Rights. A selection of selective-critical readings had been carried out, using the German doctrine of Karl Loewenstein on Constitutional Mutation, historical research on the tripartition of powers proposed by Montesquieu and its reflection in the national Magna Carta, as well as an analysis of the real cases present in the actions filed. before the Supreme Federal Court.

Keywords: constitutional mutation; judicial activism; tripartition of Powers; fundamental right; Constitution of the Republic.

1 INTRODUÇÃO

O estudo a ser realizado diz respeito aos limites da interpretação realizada pela via da mutação constitucional, a fim de não incorrer em ativismo judicial e, com isso, abalar toda a segurança do sistema jurídico brasileiro.

Tem-se, via de regra, que o ativismo judicial é uma consequência negativa de uma função atípica atribuída ao Poder Judiciário: Poder legiferante, o qual permite a interferência nas esferas dos demais Poderes, violando não só o princípio da separação dos poderes, como também direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que, apesar de as funções atípicas serem constitucionalmente previstas, não foram estabelecidos limites, motivo pelo qual busca o presente artigo demonstrar uma possibilidade, legal e constitucional, de se utilizar de técnica de interpretação constitucional para adaptar a norma aos clamores da sociedade, mas sem incorrer em vias negativas que desaguam na violação de preceitos constitucionais.

Houve iniciativa e interesse pelo tema para a realização deste estudo após as constantes interferências realizadas,

principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões de grandes investigações e processos, principalmente, nos que envolveram ex-presidente, magistrado, doleiros, congressistas e, atualmente, na pandemia da doença Covid-19 causada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

A presente pesquisa sustenta-se pela necessidade de se levar, tanto à sociedade jurídica quanto à sociedade leiga, o real e iminente perigo que se tem ao condicionar a solução de todo e qualquer tipo de demanda nas mãos de um único Poder, de modo que, atipicamente, para fins de acolher, por exemplo, o clamor social, cria normas e interpretações passíveis de violações graves aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, ressaltam-se as teses e entendimentos fixados nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC, das Medidas Provisórias, dos Projetos de Lei, dos Decretos Presidenciais, dos inquéritos instaurados *ex-officio*, os quais, diariamente, estão sendo distribuídos aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

2 MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da mutação constitucional é fruto de vários fatores existentes dentro de uma sociedade e que se desenvolvem de forma paulatina, em decorrência da dinâmica social, ativismos judiciais, confluência de grupos de pressão, dentre outros (Agra, 2010).

Para o autor Karl Loewenstein (1965), a mutação constitucional é um fenômeno por meio do qual

é produzida uma transformação na configuração real do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesse sem que seja refletida tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto. Esse tipo de mutação constitucional ocorre em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita

e é muito mais frequente que as reformas constitucionais formais (Loewestein, 1965, p. 72).

Insta salientar que a doutrina alemã foi a primeira a discorrer acerca da existência da mutação constitucional, utilizando-se do termo *Verfassungswandlung* para demonstrar a possibilidade de se alterar o sentido de princípio e/ou norma de um sistema constitucional sem atingir o texto vigente.

No Brasil, a mutação constitucional é reconhecida por vários doutrinadores e juristas brasileiros, já tendo sido utilizada pelos Poderes Legislativo e Judiciário como fundamento na tomada de suas decisões. Todavia, no presente artigo, o estudo se restringirá ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, discorre Barroso (2009):

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio de reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como

em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais (Barroso, 2009, p. 123).

Dessa maneira, evidencia-se que a função atípica do Poder Judiciário, qual seja de legislar, encontra limites na própria Constituição e, por conseguinte, as técnicas de interpretação, dentre elas, a mutação constitucional.

Assim, o fenômeno da mutação constitucional somente ocorrerá quando estiverem presentes alguns pressupostos, quais sejam: o grau de abertura/elasticidade constitucional, o grau de rigidez constitucional, a existência de processos frequentes de alteração constitucional, a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade e a extensão da Constituição.

Dessa forma, pela análise dos pressupostos, vislumbra-se que a hermenêutica constitucional e o alto grau de elasticidade das normas constitucionais autorizam os intérpretes, magistrado de piso, desembargadores e ministros dos tribunais constitucionais, a alargar o sentido, significado e o alcance do texto constitucional.

3 TEORIA SUBSTANCIALISTA E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na doutrina brasileira, encontram-se duas teorias específicas e conciliáveis para compreensão do papel e da atuação de uma jurisdição constitucional, as quais são enfatizadas por Lenio Luiz Streck (2011):

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia.

cia: para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva 'coloniza' o mundo da vida, na acepção da Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito (Streck, 2011, p. 84).

A respeito, Matheus Souza Galdino (2016), ao tratar sobre a matéria em questão, pontua que as Teorias Substantialistas defendem uma atuação direta e eficaz da jurisdição constitucional na perspectiva de uma defesa material e de conteúdo dos direitos fundamentais, amparando-se na justificativa da inefetividade da Constituição e na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Dessa maneira, a técnica de interpretação pela mutação constitucional passa a ser enaltecida perante os tribunais constitucionais, a fim de atender às omissões do ordenamento jurídico pátrio e ao clamor social.

No entanto, as interpretações devem ser comportadas pelo texto constitucional, denominado de programa normativo da norma. Caso contrário, o que se terá serão decisionismos e arbitrariedades acarretando violação ao Poder Constituinte, da soberania popular e dos direitos fundamentais.

Nesse rumo, dispõe Canotilho:

Uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional (Canotilho, 2003, p. 1.229).

Ademais, a cumulação dos fatores de inexistência de limites na interpretação, omissões dos Poderes Legislativo e Executivo e de defesa material e conteudista dos direitos fundamentais é terreno fértil para o nascimento e crescimento do ativismo judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INFORMAL

Para o Professor e Ministro Luis Roberto Barroso (2010), ativismo judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido seu sentido e alcance.

Nesse mesmo sentido, Elival da Silva Ramos, na sua obra *Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos*, escreve que:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Esta ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais), e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (Ramos, 2010, p. 56)

Pelo exposto, percebe-se que existe uma linha tênue apta a separar a legalidade do ativismo judicial da violação ao Princípio dos Três Poderes, previsto no artigo 2º de nossa Carta Magna (Brasil, 1988), como também às funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para Luiz Carlos Martins Alves Jr., professor e procurador da Fazenda Nacional, existem duas hipóteses que ensinam na prática do ativismo judicial:

a) o ativismo judicial somente é possível naquelas situações de injustificadas omissões normativas inconstitucionais, nas quais a Constituição confere o direito, mas o exercício desse direito constitucionalmente criado esteja inviabilizado pela inaceitável omissão normativa ou governamental do legislador ou do administrador; e
b) não cabe ativismo judicial nas hipóteses nas

quais se exige a criação de lei formal pelo Poder Legislativo, como ocorre, por exemplo, na criação de tipos penais ou tributários, em nome do princípio da estrita legalidade normativa (Alves Jr., 2015. p. 4).

Insta salientar que ambos os institutos são de grande valia para o Poder Judiciário, uma vez que possibilitam que ele acompanhe o seio social, de forma célere, e preencha as omissões legislativas, com vista a propiciar a evolução da sociedade brasileira.

No que tange às omissões legislativas, muito se vê a requisição do Supremo Tribunal Federal para que se pronuncie a respeito de matérias que seriam de incumbência do Poder Legislativo regulamentar, demonstrando a face negativa do ativismo judicial.

Nesse ponto, Carlos Alexandre Campos (2004) aponta que:

Ante a omissão legislativa, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar. Por vezes, o STF não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário, qual seja, a subsunção do fato à norma, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, a doutrina diz que há intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da separação dos poderes, a democracia e o estado democrático de direito (Campos, 2004, p. 322).

Além disso, trazendo ao contexto da pandemia da Covid-19, por inúmeras vezes, o Excelso STF fora acionado para manifestar sobre os decretos presidenciais, nomeações de Ministros pelo Presidente da República, decretos municipais e estaduais, políticas públicas, dentre outros. Todavia, os ministros, a fim de atenderem a anseios políticos e a minoria da população, proferiram alguns votos em dissonância com o disposto na Constituição Federal, ao utilizarem de

ferramentas de interpretação da Carta Magna, como a mutação constitucional.

Por isso, além de ferir a separação dos Poderes expressa na Constituição Federal de 1988, desmobiliza a população, colocando-se diante do exclusivismo moral do Judiciário e ocasionando a insegurança jurídica.

Pode-se dizer que o ativismo judicial e a mutação constitucional andam de mãos dadas, seja para a aplicação correta e justa de decisão cuja omissão legislativa prevaleça ou para proferir arbitrariedades e decisionismos, configurando violação ao Poder Constituinte, aos três Poderes e à soberania popular.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Desde 5 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição Cidadã, os brasileiros tiveram vários direitos fundamentais positivados, assim como as funções do Estado, exercidas pelos três Poderes, distintos, independentes e harmônicos, tiveram suas competências ampliadas.

Dentre essas competências, destaca-se a do Poder Judiciário, em especial, a do Supremo Tribunal Federal. Conforme Kubliskas (2009):

a) valorização do controle concentrado de constitucionalidade, com a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e súmulas vinculantes; b) ampliação dos instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades; e c) reafirmação de sua competência como zelador da tripartição dos Poderes e pela manutenção do pacto federativo (Kubliskas, 2009, p. 277-278).

Dessa forma, Kubliskas apresenta, no seu estudo, alguns exemplos em que a Corte Suprema utilizou do mecanismo de

alteração informal da Constituição Federal, deixando evidente a recepção do fenômeno da mutação constitucional.

a) *HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo 'racismo' (art. 5º XLII)*: um dos casos mais complexos na recente jurisprudência do STF foi o Julgamento do HC nº 82.424/RS, também conhecido como 'caso Ellwanger'. No referido habeas corpus, o paciente, um escritor e editor sustentou perante a Corte Suprema a tese de que não havia cometido propriamente tal crime, considerando como imprescindível nos termos da Constituição Federal, na medida em que o povo judeu – objeto da discriminação veiculada nos livros – não é uma raça e sim um povo.

No julgamento do caso, o STF, por maioria dos votos, rejeitou a alegação do paciente ao considerar que a proteção contra o crime de racismo, prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, serve para tutelar contra a discriminação todo e qualquer indivíduo pertencente a um grupo distinguível por suas características (físicas, culturais, étnicas, religiosas etc.).

No caso, pode-se dizer que houve uma mutação constitucional na medida em que, conforme ficou assinalado nos votos proferidos, o dispositivo constitucional originalmente introduzido na Carta de 1988 com objetivo de tutelar os indivíduos da 'raça negra' e demais 'raças' normalmente conhecidas (amarelos, vermelho, etc.), mas, em decorrência das descobertas do projeto genoma humano de que não existem raças no sentido biológico, sua interpretação teve de ser alterada de modo a tutelar outros grupos humanos também passíveis de discriminação. Ou seja, o STF alargou o conceito indeterminado de racismo originalmente previsto na Constituição Federal de 1988, em decorrência de alterações ocorridas no contexto social (descobertas do projeto genoma), mas sem contrariar a letra (afinal o termo 'racismo' comporta mais de uma interpretação) ou espírito da Constituição (posto que a decisão ampliou o raio de proteção dos direitos fundamentais) (Kubliskas, 2009, p. 252-253).

Citam-se outros exemplos, tais como: a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (HC nº 74.051-1/SC) (Brasil, 1996); a abrangência do termo 'casa', referido no artigo 5º, XI, CF (RE nº 251.445/GO) (Brasil, 1988, 2000), ADIN nº 276/AL

(Brasil, 1997) e adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados Membros; RE nº 197.917-8/SP (Brasil, 2004) e a fixação do número de vereadores.

No contexto atual de pandemia mundial, é importante dizer sobre a decisão proferida no âmbito da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.341 (Brasil, 2020a) ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista em face da Lei nº 13.979/2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Pela leitura perfunctória dos parágrafos 7º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 13.979/20 (Brasil, 2020b), retira-se que as ações a serem adotadas pelo Ministério da Saúde e/ ou pelas autoridades de saúde locais não poderiam interferir no funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, cabendo ao Presidente da República definir, por decreto, quais atividades se enquadrariam nessa classificação.

Nesse sentido, o Excelso STF acolheu o pedido do PDT e julgou procedente, por unanimidade, a ação, reconhecendo que o poder restrito ao Presidente da República de decidir quais atividades e serviços seriam essenciais indistintamente em todo o país iria de encontro ao art. 198 da CF/88.

Nessa esteira, facultou-se aos Estados e Municípios a adoção de medidas de isolamento, quarentena e restrição excepcional e temporária de rodovias, portos ou aeroportos.

Dessa maneira, resta evidenciada a prática do ativismo judicial pela alteração informal da Constituição da República, quando o Excelso STF conferiu poderes aos Municípios e Estados para adotarem toda sorte de medidas, em especial as invasivas e que cercearam o direito fundamental de ir e vir dos cidadãos brasileiros, quando estipularam o toque de recolher e o *lockdown*, sendo responsáveis por desemprego, pobreza, alta na inflação e mortes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, restou demonstrado, no presente estudo, que o fenômeno da mutação constitucional não se confunde com ativismo judicial, visto que se trata de mecanismos de interpretação e atuação distintos, mas que podem ser utilizados pelo Poder Judiciário no uso de suas atribuições legais.

Dessa maneira, constatou-se que a mutação constitucional é de origem alemã, sendo apontada, na doutrina, pelo termo *Verfassungswandlung*, a fim de demonstrar a possibilidade de se alterar o sentido de princípio e/ou norma de um sistema constitucional sem atingir o texto vigente.

Noutro norte, verifica-se que o ativismo judicial possui duas vertentes, positiva e negativa, no sentido de demonstrar a delicadeza do fio que separa ambos os aspectos e quão próximo se faz com a mutação constitucional, ressaltando-se que pode atingir os três Poderes da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, restou comprovado, pelos casos apresentados ao longo do estudo, que a Suprema Corte Brasileira tem sido abarrotada de demandas em que não se possui uma solução nas legislações vigentes e que são agravadas por interesses políticos, econômicos e/ou financeiros, acarretando na aplicação do ativismo judicial, respaldado pelo manto da legalidade por se utilizar da mutação constitucional.

Dessa forma, caberia aos Poderes Legislativo e Judiciário se alinharem para que fossem sanadas as omissões legais, mediante projetos de leis e outras normas, em decorrência das cotidianas alterações das lides sociais, do clamor da sociedade, da violação ao Poder Constituinte, da soberania popular e dos direitos fundamentais.

Além do exposto, caberia a Congresso Nacional, respeitada a competência e a função de cada casa legislativa, aprovar Projetos de Emenda a Constituições que visam anular os votos singulares e unânimes proferidos pelo Corte Suprema que extrapolem os limites Constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Colômbia, v. 27, p. 167-198, jul/dez. 2015. Disponível em: [http:// dx.doi.org/10.11144/Javriana.il15-27.oajr](http://dx.doi.org/10.11144/Javriana.il15-27.oajr). Acesso em: 3 Jun. 2021.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. *Ativismo judicial: um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes?* Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468. Acesso em: 10 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 74.051-1/SC. Direitos e garantias fundamentais. Estrangeiros. A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da

Constituição Federal, os estrangeiros residentes no país têm jus aos direitos e garantias fundamentais. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 jun. 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74951>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 276*. Processo legislativo: modelo federal: iniciativa legislativa reservada: aplicabilidade, em termos, ao poder constituinte dos Estados-membros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 nov. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266283>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 251.445/GO*. Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI). Relator: Min. Celso de Mello, 21 jun. 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho78822/false>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 197.917-8/SP*. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Relator: Min. Maurício Corrêa, 6 jun. 2002. Diário de Justiça: 7 maio 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 DF*. Referendo em medida cautelar em Ação Direta da Inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária inter-

nacional. Lei 13.979 de 2020. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=754372183>. Acesso em: 10 jun. 2021

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020b. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=07/02/2020&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=77>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHAVES, Iara dos Santos. Precedentes judiciais no novo Código Civil. *Âmbito Jurídico*, 3 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 28 maio. 2021.

GALDINO, Matheus Souza. Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/46696/teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdiacao-constitucional#_edn2. Acesso em: 23 fev. 2021.

GÂNDARA, Luma Gomes; SCIARINI, João Carlos Fazano. Ativismo judicial e seus limites frente à Constituição. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, Florianópolis (SC), v. 4, n. 1. p. 1-19, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/3993>. Acesso em: 3 maio 2021.

GOMES, Eva. As duas faces do ativismo judicial. Jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40366/as-duas-faces-do-ativismo-judicial>. Acesso em: 14 set. 2021.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 3 jun. 2021.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

200
años



**A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PROCESSUAL
CONSTITUCIONAL: UMA NOVA ORDEM DEMOCRÁTICA E UM NOVO
PARADIGMA DE PROCESSO NA HISTÓRIA DO
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

**THE 1988 CONSTITUTION AND CONSTITUCIONAL PROCEDURAL:
A NEWDEMOCRATIC ORDER AND A NEW PROCESS PARADIGM IN THE
HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM**

Deivisson Alexandre¹
Reinaldo Daniel Moreira²

RESUMO

No presente trabalho, busca-se apresentar brevemente os caminhos percorridos pelo constitucionalismo brasileiro ao longo de seus 200 anos de história. Após, expõe-se como a Constituição Cidadã de 1988, atrelada ao movimento de constitucionalização do direito, ampliou as garantias processuais, criando a noção de direito processual constitucional. Ato contínuo, destaca-se que, dessa forma, para além de se retornar à democracia, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, criou-se, na verdade, uma nova ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa, da qual o processo constitucionalizado é um de seus elementos. Por fim, aponta-se para a relação de mão dupla existente entre o Estado Constitucional Democrático surgido e o modelo constitucionalizado de processo por ele criado, bem como os seus efeitos recíprocos.

Palavras-chave: história do constitucionalismo brasileiro; constitucionalização do Direito; garantias processuais; democracia e processo.

¹ Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Especialista em Direito Civil pela PUC Minas, pós-graduando em Direito Processual pela PUC Minas. *E-mail:* deivisson.alexandre@tjmg.jus.br.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Mestre em Direito Público pela UERJ. *E-mail:* reinaldo.moreira@tjmg.jus.br.

ABSTRACT

In the present work, we seek to briefly present the paths taken by Brazilian constitutionalism throughout its two hundred years of history. Afterwards, it is explained how the Citizen Constitution of 1988, linked to the movement to constitutionalize the law, expanded procedural guarantees, creating the notion of constitutional procedural law. Continuous act, it is highlighted that, in this way, in addition to returning to democracy, with the Citizen Constitution of 1988, a new republican constitutional order, of Law, democratic and participatory, was actually created, of which the constitutionalized process is one of its elements. Finally, it points to the two-way relationship that exists between the Democratic Constitutional State that emerged and the constitutionalized model of process created by it, as well as their reciprocal effects.

Keywords: history of Brazilian constitutionalism; constitutionalization of the right; procedural guarantees; democracy and process.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer uma breve apresentação dos meandros pelos quais o constitucionalismo brasileiro passou ao longo de seus 200 anos de história. Apontando para como, a partir da Constituição Cidadã de 1988, operou-se um movimento de constitucionalização do direito pátrio e se promoveu uma ampliação das garantias processuais, o que culminou em uma nova ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa. Além disso, serão tecidas considerações também acerca da relação entre o Estado Constitucional Democrático e o modelo constitucionalizado de processo.

2 OS MEANDROS DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em 25 de março de 1824, veio à luz a primeira Constituição brasileira. Como busca enaltecer esta obra, de lá para cá se passaram 200 anos.

Duzentos anos de constituições brasileiras e, assim, duzentos anos de um Direito Constitucional legitimamente brasileiro.

Em perspectiva, os caminhos percorridos pelo Estado-nação brasileiro nesses 200 anos não foram lineares. Não houve 200 anos de apenas um Direito Constitucional brasileiro, mas, sim, de vários deles: ora com evoluções; ora com regressões; ora com a atuação do Constituinte com vistas a modificar a realidade social; ora com a atuação do Constituinte com vistas a se conformar à realidade já vigente ou a atender a anseios do poder majoritário.

Não por acaso, foram oito constituições vigentes, reflexo de diversos fatos ocorridos nesse período em *terrae brasilis*.

Conforme ensina Silva,

na história de um país, rupturas políticas e institucionais muitas vezes coincidem com rupturas constitucionais. Desde a sua independência de Portugal, em 1822, o Brasil já foi uma monarquia e uma república, teve regimes democráticos e autoritários, governos civis e militares e foi palco de ao menos três golpes de Estado, além de ter passado por várias crises institucionais e constitucionais. Nessa curta história, o Brasil teve oito constituições (Silva, 2021, p. 66).

Já para Barroso (2003, p. 283), “a experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino”.

A Constituição inaugural (1824), embora considerada pouco original nas ideias, pode até ser, em certa medida - com cautela para não se incorrer em anacronismo -, considerada original na sua execução, conforme lecionam Mendes, Coelho e

Branco, bem se “afeiçoando às condições peculiares de nosso país” e permitindo “a criação de uma moldura jurídica para o governo e até mesmo a criação de um certo regime político” (2007, p. 153).

Os autores ainda evidenciam que

foi esse regime que confirmou a nossa independência política (embora não econômica), consolidou a unidade nacional e, apesar dos seus graves vícios de fraude eleitoral e fraqueza dos partidos, tornou possível, durante a maior parte do século XIX, um ambiente de ordem e liberdade no Brasil, contrastante com a anarquia dominante no resto da América Latina (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 153).

Isso, atrelado a outros fatores sociais do período, fez com que essa fosse a Constituição brasileira que, por mais tempo, vigeu até o momento, isto é: por sessenta e seis anos e onze meses. A par disso, era preciso avançar. A monarquia já não mantinha força e, ainda que a Constituição de 1824, por influência liberal, estabelecesse uma declaração de direitos, “[...] parte considerável da população brasileira era escravizada e inteiramente excluída da proteção que esses direitos poderiam proporcionar” (Silva, 2021, p. 68).

Daí adveio a Constituição da República de 1891 e, se, em 1824, se inaugurou a história constitucional brasileira, com a Constituição de 1891, inaugurou-se o constitucionalismo republicano brasileiro. Importante avanço, pois, é essa a Constituição que, a despeito de todos os conflitos e instabilidades havidos ao longo da história do Estado-nação brasileiro, “[...] ainda constitui a base da nossa ordem constitucional: presidencialismo, federalismo e controle judicial de constitucionalidade das leis” (Silva, 2021, p. 69).

Na sequência, a Constituição de 1934 foi a mais breve de todas: foi suspensa após três anos de sua promulgação. Não obstante, Silva (2021, p. 71) ensina que “[...] muitas de suas inovações jurídicas e institucionais foram incorporadas ao constitucionalismo brasileiro de forma permanente”,

citando, como exemplos, a definição de objetivos sociais, a regulamentação da intervenção do Estado na economia e a previsão de um relevante poder de controle por parte de minorias parlamentares: a criação de comissões parlamentares de inquéritos, medida com escopo evidente de fortalecimento da democracia participativa e representativa.

Além disso, conforme citam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 157), Cezar Saldanha chegou a afirmar que essa Constituição, apesar de efêmera, “[...] foi, historicamente, a mais criativa das constituições republicanas”, notadamente diante de inovações como a constitucionalização dos direitos sociais, a criação da Justiça Eleitoral, o sufrágio feminino, o voto secreto e o mandado de segurança.

Malgrado, em 1937, sobreveio nova Constituição: “A Polaca” – dada a sua inspiração na Constituição da Polônia de 1935 (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 159). Sob a égide desta Constituição, embora se tenha havido avanço, por exemplo, em aspectos de proteção ao trabalhador, mediante a intervenção estatal, o país passou por um período, do ponto de vista constitucional e político, de ditadura.

Assim, “o federalismo foi praticamente abolido, o Congresso Nacional ficou fechado durante todo o período e direitos fundamentais eram constantemente violados” (Silva, 2021, p. 72).

Ademais, “[...] vista na perspectiva do tempo, a Constituição de 1937 não foi apenas um texto autoritário, como tantos outros que marcaram a nossa experiência constitucional. Foi, também, uma grande frustração institucional [...]” (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 162).

Isso culminou, ao fim, na eleição de uma Assembleia Constituinte em 1945, com a promulgação de uma nova Constituição em 1946, a qual restabeleceu o arranjo republicano (presidencialismo, federalismo e controle judicial de constitucionalidade), além de afirmar o regime democrático brasileiro (Silva, 2021).

Em referência à Constituição de 1946, ensina Barroso (2003, p. 26) que ela merece uma dupla análise: “Como instrumento de governo, ela foi deficiente e desatualizada desde a primeira hora. Como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, foi ágil e avançada”.

Foi sua, por exemplo, a inovação de inserir no texto constitucional a regra de que a lei não poderia excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual (Barroso, 2003).

Contudo, essa Constituição durou pouco menos de duas décadas, período no qual imperou uma instabilidade política e institucional contínua, marcada – para além de outros fatores, aos quais não cabe se ater neste momento – pelo fato de que apenas dois presidentes completaram seus mandatos (Eurico Dutra e Juscelino Kubitschek), um foi deposto (Café Filho), um ficou no poder por três dias (Carlos Luz), um ficou na presidência por pouco menos de três meses (Nereu Ramos), um renunciou (Jânio Quadros) e outro sofreu um golpe (João Goulart) (Silva, 2021).

Com isso, houve a ruptura democrática e, nesse interregno, duas novas constituições vieram: a de 1967 e a de 1969 – essa disfarçada de Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967.

A esse respeito, ensina Silva que,

em muitos aspectos, a Constituição de 1967 era similar à maioria das constituições de países democráticos. O texto constitucional até mesmo menciona em quatro oportunidades a democracia como um valor a ser preservado. A separação de poderes foi formalmente mantida, previa-se a garantia de uma extensa lista de direitos fundamentais, o Brasil continuava a ser uma federação e havia controle judicial de constitucionalidade das leis. O caráter autoritário da Constituição de 1967 estava nos detalhes e nas brechas para afastar aquilo que era supostamente garantido, a partir de uma clara ênfase na segurança nacional, por meio da exclusão do controle judicial de certos tipos de decisão, de limitações à liberdade de expressão se usada para fins supostamente

subversivos, dentre outros. Além disso, para as medidas mais autoritárias, o governo fazia uso dos atos institucionais e complementares, já mencionados (Silva, 2021, p. 74).

Enfim, após longo percalço, restaurou-se a democracia e, alguns anos depois, sobreveio uma nova Constituição: a Constituição Cidadã de 1988.

Trata-se de constituição que, a despeito de algumas críticas, contou com “[...] intensa participação popular durante os trabalhos da Assembleia Constituinte” (Silva, 2021, p. 81) e que “[...] tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país” (Barroso, 2009, p. 360).

A propósito, a sua imperfeição já era prenunciada mesmo quando de sua promulgação, ocasião em que Ulysses de Guimarães (1988) consignou que: “A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca”.

Com isso, retorna-se ao ponto inicial desse tópico: a história constitucional brasileira, decerto, não se mostra linear. Hermes Zaneti Júnior (2021, p. 214) ainda acresce que, para além de não se mostrar linear, a construção democrática no Brasil também “[...] não tem sido óbvia e não é ainda segura”.

Enfim, para além de buscar consolidar uma ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa, a Constituição da República de 1988 se evidencia ainda por outro importante fator: a constitucionalização do direito e a ampliação de garantias processuais.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Conforme apontado no tópico anterior, a história constitucional brasileira é permeada de sinuosidades: da monarquia à república; da ditadura à democracia; de períodos

de instabilidade a períodos de estabilidade institucional; e vice-versa. As mudanças se apresentam, nesse sentido, como uma constante nos 200 anos de história do constitucionalismo brasileiro, sejam positivas, sejam negativas.

Segundo Barroso (2003, p. 8), para muitos isso poderia “[...] fazer crer que a vivência brasileira consiste em um encadeamento de crises, que se alternam em farsesca repetição”. No entanto, o autor brilhantemente aponta para algo mais profundo, ensinando que,

todavia, crise, em uma das acepções registradas pelos léxicos, é a manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio. Uma incursão, ainda que breve, na evolução constitucional do Estado brasileiro conduz à constatação mais acertada da existência, intangida e secular, de males que se podem dizer crônicos. Por trás das aparências, não têm sido nossas vicissitudes produto de situações agudas e decisivas – críticas –, mas de reincidentes disfunções orgânicas, perenizadas pelos beneficiários da falta de amadurecimento e contemporaneidade da vida nacional.

É bem de ver que o sucessivo malogro de nossos projetos institucionais não se prende a qualquer deficiência de cunho mais grave na elaboração constitucional, ao ângulo da técnica legislativa. A exceção do Texto de 1937 e dos vícios de má inspiração nas duas Cartas do regime militar instaurado em 1964, todas as Constituições brasileiras, inclusive a do Império, consubstanciam textos louvavelmente harmonizados com o estágio evolutivo da época.

Os desajustes se têm revelado, de forma drástica e insuperável, na realização objetiva do desiderato constitucional. Em alguma extensão se poderia atribuir tal falto a eventual incapacidade de apreensão adequada da realidade social, para uma correta moldagem da sua feição normativa fundamental. Mas este é um desafio e um risco a que submetidos, em qualquer parte, os que se voltam à criação ou reconstitucionalização de um Estado.

Disfunção mais grave do nosso constitucionalismo se encontra na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente do Texto Maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que constroem uma realidade de poder própria,

refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado (Barroso, 2003, p. 8-9).

Seja como for, ao se chegar à Constituição da República de 1988, instaurou-se um novo paradigma na ordem pátria.

Por ocasião de sua promulgação, já se tinha um (neo) constitucionalismo fortalecido: a Constituição não veio apenas estabelecer uma nova organização do Estado; veio também ser o centro das garantias e direitos fundamentais de um povo; assumiu o posto central da ordem jurídica vigente, com força normativa; e irradiou efeitos para todos os ramos do direito pátrio.

Houve assim, na prática, uma constitucionalização do direito. Essa ideia

está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (Barroso, 2003, p. 351-352).

Trata-se de um movimento que não era propriamente novo.

O Desembargador Rogério Medeiros, em obra por ocasião da comemoração dos trinta anos de promulgação da Constituição de 1988, lançada pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já apontava que esse movimento foi adotado inicialmente na Alemanha e na Itália, propagando-se também por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (Lima, 2019).

Dinamarco comenta que,

na realidade, a doutrina brasileira nunca foi inteiramente indiferente às ligações entre o processo e o plano constitucional, dado que já nos fins do século XIX um prestigioso processualista propunha o exame do processo civil em correlação

com a preservação dos direitos individuais [João Mendes Jr.] (Dinamarco, 2016, p. 422).

Para outros, o movimento se iniciou – ainda que de forma muito embrionária e com contornos muitos específicos relativos à jurisdição constitucional em sentido estrito – a partir dos ensinamentos de Hans Kelsen, em escritos sobre a Constituição austríaca de 1920 (Nery Junior, 2009).

Em discurso de Eduardo Juan Couture, em um curso em 1949 na Faculdade de Direito de Paris, o notável professor também já realizava incipiente apologia ao processo como instituto que se encontrava na “[...] encruzilhada dos caminhos do Direito Público e do Direito Privado”, apontando com isso para a potencial publicização – e a Constituição é o mais elementar documento de Direito Público – do Direito Processual (Couture, 1998, p. 76).

Também Piero Calamandrei (2018), em um discurso proferido em 1952 na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma, na Cidade do México, já falava do movimento de constitucionalização do Direito, destacando os efeitos disso para o Direito Processual.

Na ocasião, já afirmava Calamandrei (2018, p. 99) que: “É típica das mais modernas constituições democráticas esta ‘constitucionalização’, poder-se-ia dizer, das garantias de igualdade processual”. Mas há ainda outros muitos autores que já vinham, antes de 1988, tratando do movimento de constitucionalização do direito e notadamente dos efeitos disso sobre o Direito Processual,

na década de 1980, a teoria do processo constitucional ou constitucionalista do processo foi inicialmente discutida por quatro teóricos contemporâneos: Héctor Fix-Zamudio, José Alfredo de Oliveira Baracho, Eduardo Couture e Italo Andolina. Com essa teoria a principiologia e os direitos processuais foram elevados ao nível constitucional como garantias fundamentais da pessoa humana [...] (Dutra, 2011, p. 24).

Ainda:

é por isso que os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Capelleti, Denti, Vigoriti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berzonce, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns entre os nomes que vêm se destacando na análise do denominado processo constitucional. Seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de Goldschmidt, Calamandrei, Couture e Liebman [...] (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2001, p. 79).

Enfim, fato é que a grande ideologia vitoriosa no século XX foi o constitucionalismo democrático - segundo Barroso (2009) e Zaneti Junior (2021), cujos efeitos também foram e ainda são sentidos, no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Constituição Cidadã de 1988.

Assim,

nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (Barroso, 2009, p. 363).

Indo além, com esse movimento, diversas garantias processuais passaram também a incorporar o texto constitucional. Nery Junior leciona que

todos os ramos do direito, notadamente o do direito processual, vinculam-se à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro. [...] Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição (Nery Junior, 2009, p. 39 e 41).

Assim, com esse movimento de constitucionalização do Direito, a partir da Constituição de 1988, tem-se que, para além de se impor a interpretação de todas as normas – destacando-se neste breve estudo as normas processuais – de acordo com a Constituição, a própria Constituição passou a encartar também, de forma direta, as garantias processuais essenciais à ordem por ela instalada: republicana, de Direito, democrática e participativa, sobre o que então se passa a discorrer no próximo tópico.

4 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E O AVANÇO NAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Ante o que já foi apontado até aqui, infere-se que foram muitas as curvas pelas quais a história constitucional brasileira trafegou, culminando ao fim na Constituição Cidadã de 1988, com escopo manifesto de estabelecer uma forte ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa, valendo-se, para tanto, da constitucionalização do direito.

Essa mudança de paradigma poderia ser analisada sob diversos vieses. Aqui, devido à proposta deste estudo – que tem que ser breve – há de destacar apenas um viés: o das garantias processuais.

Nesse sentido, pode-se inferir que, com a constitucionalização do direito – partindo das premissas tratadas no tópico anterior –, as garantias processuais foram ampliadas a partir da Constituição de 1988 e, assim, o Direito Processual foi também, nesse movimento, constitucionalizado, com diversos efeitos disso decorrentes – o que será objeto de considerações no tópico seguinte. Isso é possível de ser constatado em brevíssima comparação.

Conforme já dito no tópico inicial, a Constituição de 1946 era uma constituição democrática e, após um longo período de constituições não democráticas, retornou-se à democracia constitucional em 1988 (Silva, 2021).

A par disso, infere-se que a Constituição de 1946 continha apenas duas menções à “ampla defesa”: art. 127 (disposição restrita aos membros do Ministério Público) e art. 189 (restrita aos funcionários públicos) (Peluzo, 2011).

Por sua vez, o termo “ampla defesa” aparece na Constituição Cidadã de 1988 onze vezes, em contextos diferentes: art. 5º, LV; art. 41, II e III; art. 55, § 2º e § 3º; art. 93, II, d; art. 93, VIII; art. 103-B, § 4º, III; art. 128, § 5º, I, b; art. 130-A, § 2º, III; e art. 247, parágrafo único (Peluzo, 2011).

Dentre as onze menções, a mais destacada é a do art. 5º, LV, pelo seu caráter amplo, isto é: dirigido a todos os cidadãos e englobando tanto os processos judiciais quanto os administrativos (Brasil, 2024).

Indo além, vê-se também que, na Constituição de 1946, o termo “contraditório” não foi usado sequer uma vez, enquanto aparece na Constituição de 1988 em três oportunidades: art. 5º, LV; art. 184, § 3º; e art. 247, parágrafo único (Peluzo, 2011).

No mesmo sentido, o termo “devido processo legal”, cujas raízes remontam à “*Magna Charta*” de João Sem-Terra de 1215 (Nery Junior, 2009, p. 78), só apareceu pela primeira vez em uma Constituição brasileira em 1988 (Cintra, Grinover, Dinamarco, 2001), isto é: setecentos e setenta e três anos depois.

Não que não houvesse já essa compreensão no direito pátrio, mas fato é que, como garantia constitucional expressa, isso só passou a ser previsto a partir da Constituição Cidadã de 1988 e, em certa medida, como decorrência do movimento de constitucionalização trabalhado anteriormente. Além disso, não se ignora que a comparação aqui realizada se restringe ao mero uso das terminologias (“ampla defesa”, “contraditório” e “devido processo legal”) nos textos constitucionais comparados, ou seja: não leva em conta a substancialidade dessas garantias nos textos constitucionais.

No mesmo sentido, não se estendeu aqui também a comparação a outros institutos processuais correlacionados, em relação aos quais a Constituição de 1988 também avançou:

o duplo grau de jurisdição, a necessidade de motivação das decisões, os remédios constitucionais, etc. Assim se poderia citar também aspectos

como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2001, p. 79).

O ponto é que, tendo em perspectiva os 200 anos da história constitucional brasileira, é de se celebrar o avanço ocorrido com a Constituição Cidadã de 1988 e com o movimento de constitucionalização – aqui se destacando os seus efeitos sobre o Direito Processual –, o que deu ensejo a uma importante ampliação das garantias processuais.

Assim:

sobreleva a importância do direito constitucional, porque ele representa o centro dessa unidade, o tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem a sua seiva vital, principalmente quando se fala de direito processual, em que o enquadramento no direito constitucional tem relação direta com a função do Estado de prestar a jurisdição, o exercício do 'poder jurisdicional que ao Judiciário vem atribuído'. Por isso, é correta a doutrina de Carlos Alberto de Oliveira ao afirmar que o direito processual é o direito constitucional aplicado (Zaneti Junior, 2021, p. 26-27).

Ainda:

portanto, afirma-se que, com a Constituição de 1988, o direito processual civil brasileiro se constitucionalizou em definitivo. Não se pode continuar imaginando-o como a sombra da doutrina italiana e alemã, preso ao formalismo interpretativo, restrito à dogmática binária credor/devedor, de caráter marcadamente privado e individualista. [...] Por outro lado, a recuperação da tópica para o discurso jurídico (retorno ao problema), a constitucionalização dos princípios e

as cláusulas gerais (nova codificação pós-positivista) são o espaço de abertura para a percepção de um processo civil comprometido com a proposta do Estado Democrático Constitucional (art. 1º da CF/88) e com o aprofundamento da democracia participativa, constituindo o Poder Judiciário como espaço privilegiado para o debate democrático [...] (Žaneti Junior, 2021, p. 96).

Aroldo Plínio Gonçalves, traçando paralelo entre o Direito Processual e a ordem constitucional vigente, também leciona que:

o Direito Processual Civil não se desenvolveu à margem dos próprios sistemas jurídicos positivos, e sim como parte deles, e, por isso, quando se compara, por exemplo, o direito de ação, no Brasil, de 1891 a 1934, de 1934 a 1937, de 1937 a 1946, de 1946 a 1967, de 1967 a 1969, de 1969 a 1988 e o direito de ação no Brasil a partir de 05 de outubro de 1988, é claro que haveria diferença sobre o que poderia ser dito sobre ele (Gonçalves, 2012, p. 117).

Enfim, Roberto Rosas, por exemplo, já destacava que a Constituição de 1946 – repise-se: de vertente democrática – trazia importantes disposições de índole processual constitucional

a Constituição de 1946 trouxe novo alento às instituições, mormente na garantia dos direitos individuais. Restabeleceu-se o mandado de segurança. Inseriu regra constitucional da mais alta importância: a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Impede-se qualquer tentativa ao legislador para limitar o acesso ao Poder Judiciário. Instituiu a ação popular, isto é, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e das sociedades de economia mista (Rosas, 1999, p. 25).

Ainda assim, como vimos, a Constituição de 1946 era muito inferior à de 1988 no tocante às garantias processuais.

Com isso, chega-se a uma importante conclusão: a Constituição Cidadã de 1988 não apenas restabeleceu a ordem democrática – como se se voltasse à democracia existente sob a égide da Constituição de 1946; ela criou uma nova ordem democrática, sendo o novo paradigma de processo um de seus elementos.

Assim é que, no próximo tópico, apresenta-se a relação existente entre essa nova ordem democrática e esse novo paradigma de processo.

5 UMA NOVA ORDEM DEMOCRÁTICA, UM NOVO PARADIGMA DE PROCESSO – E VICE-VERSA

A Constituição de 1988 estabeleceu uma ordem constitucional republicana, de Direito, democrática, participativa e mais: consubstanciada em direitos e garantias fundamentais, destacando-se aqui os de natureza processual, com vistas a lhe conferir efetividade – isso, portanto, não se deu por acaso na história do constitucionalismo brasileiro, mas com esse desígnio específico: um propósito de efetividade.

Assim, conforme Barroso

as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas (Barroso, 2003, p. 123).

Essa efetividade vem, pode-se citar primeiro, pela própria força normativa da Constituição e do seu manejo como vetor interpretativo máximo,

as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente atra-

vés da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional (Barroso, 2003, p. 285-286).

Mas vai além. Vem também do fortalecimento do processo como instituto democrático e democratizante: uma via de mão dupla.

Como aponta Dutra (2011, p. 19), há “[...] crescente número de juristas no Brasil e no mundo que têm percebido, e por isso investigado, a importância do processo constitucionalizado para alcance da democracia”. Por esse ponto de vista, o processo se dá de forma democrática e também protege os interesses inerentes à ordem democrática vigente. Traça-se, com isso, relação direta entre o Estado Constitucional Democrático e o processo. Afinal, “[...] processo requer democracia (vida, liberdade, igualdade), vez que não há como exercer contraditório, ampla defesa e isonomia quando existe receio em argumentar livremente, contradizer os fatos, requerer ou defender-se” (Dutra, 2011, p. 23).

Do mesmo modo, não há democracia se não há o processo constitucionalizado que, nas palavras de Baracho, é a “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (Dutra, 2011, p. 28). Como ensina Zaneti Junior (2021, p. 201), “[...] nas sociedades democráticas, o essencial é o dissenso”, e é o processo o “[...] espaço vocacionado para solução e composição desse dissenso, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social”.

Além disso:

a imbricação entre processo e democracia está diretamente ligada à manutenção da ordem constitucional democrática e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, pois o processo consiste num instrumento de legitimação democrática das deliberações estatais, a partir do momento em que o cidadão pode

verdadeiramente influenciar a formação dessas deliberações, pois, sob qualquer ângulo que se analise, é indispensável à democracia a compreensão do processo como legítimo instrumento de participação cidadã (Santos, 2016, p. 57).

Nesse ponto, oportuna a lição de Eduardo Rodrigues dos Santos, para quem

a democracia exige uma estrutura dialética do procedimento processual, uma estrutura policêntrica, pautada na comparticipação dos sujeitos processuais, em nível de igualdade. Isto é, à luz do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser um instrumento que trata os sujeitos processuais de forma isonômica, equilibrada, sem protagonismos (como se um dos sujeitos pudesse ser melhor, mais importante ou mais sábio que os demais), que divide a responsabilidade da resolução do litígio, da demanda judicial, entre todos eles (corresponsabilidade) (Santos, 2016, p. 44).

Trata-se de uma perspectiva discursiva do processo, de modo que

no processo democrático, deve-se fortalecer o debate endoprocessual das partes, especialmente garantindo-se a observância dos princípios processuais constitucionais, com destaque para o princípio do contraditório, privilegiando-se, assim, a cidadania, a democracia e a soberania popular, bem como assegurando a supremacia da Constituição, e, conseqüentemente, conferindo legitimidade aos provimentos jurisdicionais (Santos, 2016, p. 45).

Nesse contexto, o processo assume o que Aroldo Plínio Gonçalves diz ser “a forma de um jogo democrático”, no qual “permite a manifestação das divergências no *iter* da formação de um ato final que produz efeitos na esfera de seus destinatários”, observando-se “[...] a garantia de simétrica igualdade de oportunidades desses destinatários nos atos preparatórios daquele que se revestirá de caráter imperativo” (Gonçalves, 2021, p. 151).

Também nessa perspectiva discursiva, democrática e participativa do processo, a função jurisdicional é resignificada. Na lição de Rosemiro Pereira Leal,

o Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para revelação da justiça, mas órgão de exercício judicacional segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção atualizada e crítico-discursiva (neoinstitucionalista) de intra e infraexpansividade principiológica e regradora (Leal, 2016, p. 91-92).

Em complemento, há a lição de Hermes Zaneti Junior, para quem,

passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito posto fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório (Zaneti Junior, 2021, p. 94).

Não há, contudo, como se ter essa perspectiva discursiva, democrática e participativa do processo sem garantias àqueles que estão em juízo. É por isso que, com a constitucionalização, se “[...] elevou ao nível máximo do ordenamento jurídico as garantias processuais que passaram a ser compreendidas como garantias fundamentais da pessoa humana” (Dutra, 2011, p. 31), recebendo proteção diretamente na Constituição pátria, assim como já apontado no tópico anterior – com exemplos de como a ampliação das garantias se deu entre as Constituições Democráticas de 1946 e de 1988.

A propósito, o processo é, por si, neste contexto, também garantia:

a cidadania é fundamento basilar da democracia e, ao mesmo tempo, exigência de participação do cidadão nas decisões estatais, que se ma-

terializa mediante o direito garantia ao processo (instrumento constitucionalmente instituído para assegurar, fiscalizar e reivindicar os direitos postos na própria Constituição) (Santos, 2016, p. 60-61).

Ainda:

como visto, nas últimas décadas do século passado a compreensão do processo passou por uma releitura à luz do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, sendo compreendido como verdadeira garantia jusfundamental (Souza, 2016, p. 73).

Além disso:

a publicidade e a motivação são, antes de tudo, garantias de um processo justo, e apenas nessa dimensão garantem a justiça da decisão. Tais garantias processuais de justiça, ao lado da garantia de imparcialidade do juiz, são imprescindíveis ao 'devido processo legal' ou a um 'procedimento legal'. É apenas como conformadoras do devido processo legal que garantem a justiça da decisão (Marinoni, 2007, p. 515).

Conforme aduz também Eduardo Rodrigues dos Santos:

neste sentido, o processo (em razão de sua estrutura dialética) atua como mecanismo legítimo a assegurar a participação dos cidadãos nas decisões do Estado (em todos os poderes), vez que na democracia do Estado de Direito, os cidadãos têm o direito de participar do processo de formação, interpretação e aplicação das leis às quais se submetem, conforme consagrado não só pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e da Cidadania, mas também pelos direitos e garantias fundamentais da ordem processual democrática, especialmente pelos princípios do devido processo legal (garantia de previsão legal de um modelo processual que assegure a participação nos moldes constitucionais do processo), do contraditório (garantia de participação no processo e considerações dos argumentos e provas trazidos pelas partes e pelo juiz) e do acesso à justiça (garantia de acesso real ao provimento jurisdicional, den-

tro de um prazo razoável, e com mecanismo que assegurem igualdade entre as partes e facilitem o acesso dos vulneráveis e dos economicamente desfavorecidos) (Santos, 2016, p. 57-58).

A relação de mão dupla, contudo, não se restringe à democracia e ao processo, mas se estende também à Constituição e ao processo. Assim, na lição de Dinamarco,

de um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados (Dinamarco, 2016, p. 120).

No mesmo sentido, como magnificamente ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

nesses termos, portanto, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como a institucionalização jurídica de condições procedimentais que garantam o exercício democrático das autonomias pública e privada dos cidadãos (Oliveira, 2007, p. 547).

A propósito, em referência específica à Constituição Cidadã de 1988, Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 80) ensinam que ela se encarrega de conceber o direito processual “[...] não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.

Nesse sentido, portanto, é que, com o movimento de constitucionalização do direito e com o advento da Constituição Cidadã de 1988, não apenas se retomou a ordem democrática

no país. Nasceu "A Nova Democracia" (Zaneti Junior, 2021 p. 81).

Uma nova ordem democrática na história constitucional brasileira, que deu ensejo a um novo paradigma de processo e que, por esse novo paradigma de processo, busca conferir efetividade a essa nova ordem democrática constitucional instaurada.

Assim é que afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p. 42) que "a vigente Constituição é nossa primeira razoavelmente efetiva", embora, nas palavras dos mesmos autores, seja necessário ainda que na nossa sociedade "[...] não predomine a vontade de poder, mas a vontade de constituição" (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 40).

E, por fim, é necessário que ela – a Constituição Cidadã – seja, de fato, aquilo que, quando de sua promulgação, também prenunciou Ulysses de Guimarães (1988): a voz, a letra e a vontade política da sociedade rumo à mudança – claro: para melhor e com mais efetividade.

7 CONCLUSÃO

São muitos os meandros pelos quais o constitucionalismo brasileiro passou ao longo de seus duzentos anos de história.

Da monarquia à república. Da ditadura à democracia. De períodos de instabilidade a períodos de estabilidade institucional.

O advento da Constituição de 1988 representa um marco importante: por ela se estabeleceu uma ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa.

E para além: a Constituição assumiu o posto central da ordem jurídica vigente e irradiou efeitos para todos os ramos do direito pátrio.

Além disso, acompanhou a Constituição Cidadã o movimento de constitucionalização do direito.

A Constituição passou a ser não apenas uma carta de organização do Estado-nação brasileiro ou uma carta

programática, como também um vetor de interpretação dos demais ramos do Direito e um mecanismo de garantias fundamentais, notadamente no âmbito do Direito Processual.

Houve expressiva ampliação das garantias processuais a se tomar em conta a Constituição de 1946 e a Constituição de 1988, ambas promulgadas em contextos democráticos.

Com isso, infere-se que a Constituição Cidadã de 1988 não apenas restaurou o regime democrático que existia anteriormente – sob a égide da Constituição de 1946; ela, de fato, criou uma nova ordem democrática e um novo paradigma de processo.

Nesse novo contexto, o processo se dá de forma democrática e também protege as bases da ordem democrática vigente: há uma via de mão dupla.

Assim, confere-se efetividade à ordem constitucional republicana, de Direito, democrática e participativa instaurada, na história do constitucionalismo brasileiro, a partir da Constituição Cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2024.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016. v. I.

DUTRA, Leonardo Campos Vitor. Processo constitucional, devido processo legal e as funções do Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio de Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Direito Processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília/DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>: Acesso em: 11 set. 2024.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Constituição de 1988: três décadas e um breve balanço. *In*: SENA, Aline Damasceno Pereira de; PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos *et al.* (org.). *Constituição do Brasil: 30 anos 1988-2018*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, 2019. Disponível em: https://bd-login.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9561/1/miolo_Constitui%C3%A7%C3%A3o%20do%20Brasil_30_anos_ONLINE.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PELUZO, Antonio Cezar. *As Constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988 e suas emendas*. Barueri: Manole, 2011. *E-book*. Disponível em: <https://integrada>.

minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520443620/. Acesso em: 1º set. 2024.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípio constitucionais do processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente: da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero (coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

200
años



O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO NA MODERNIDADE: UM ESTUDO A PARTIR DA REVOLUÇÃO FRANCESA

THE CONCEPT OF CONSTITUTION IN MODERNITY: A STUDY BASED ON THE FRENCH REVOLUTION

Fernando José Armando Ribeiro¹

RESUMO

A reflexão sobre o Direito Constitucional no Brasil e no mundo não pode ser feita sem a análise atenta dos pressupostos do constitucionalismo ocidental moderno. Em busca de uma reconstrução histórica do conceito de Constituição, apresenta-se aqui um artigo sobre um dos momentos históricos mais importantes na definição do conceito de Constituição: a Revolução Francesa. A análise de sua base teórica e ideológica levará a uma melhor compreensão das tensões e contradições inerentes ao projeto constitucional moderno, que hoje somos todos convidados a observar e a aprimorar.

Palavras-chave: constitucionalismo; Revolução Francesa; liberdade; direitos humanos.

ABSTRACT

The reflection on Constitutional Law in Brazil and worldwide cannot be conducted without a careful analysis of the premises of modern Western constitutionalism. In pursuit of a historical reconstruction of the concept of the Constitution, this article explores one of the most significant historical moments in defining this concept: the French Revolution. Analyzing its

¹ Doutor em Direito e pesquisador visitante da Universidade da Califórnia – Berkeley (EUA), Professor da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Desembargador do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. *E-mail:* fernandoarmandoribeiro@gmail.com.

theoretical and ideological foundations will lead to a better understanding of the tensions and contradictions inherent in the modern constitutional project, which we are all invited to observe and improve today.

Keywords: constitutionalism; French Revolution; liberty; human rights.

1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora se realiza faz parte de uma tentativa de reconstrução histórica do conceito de Constituição, destacando e apresentando tanto os seus pressupostos filosóficos e políticos, quanto sua inserção paradigmática na vivência da Modernidade ocidental. Sua importância pode ser facilmente justificada se entendermos, com Chamon Júnior (2005), que a compreensão da legitimidade do Direito na Alta Modernidade deve comportar um permanente entrelaçamento com os aspectos dogmáticos, históricos e sociológicos. Se, em textos anteriores, pretendeu-se realizar a análise da organização política antiga e medieval, intenta-se agora chegar à organização política moderna, com a afirmação da Constituição como estrutura normativa superior, reguladora e controladora do Estado e de suas instituições, limitando e dividindo o exercício do poder estatal em nome das liberdades fundamentais do indivíduo por ela consagradas. Trata-se da análise de um dos momentos fundadores do constitucionalismo.

Parece, pois, ter lugar, também, nessa seara, a famosa provocação lançada por Immanuel Kant (Kant, 2008), no alvorecer da Era Moderna: *sapere aude!* Ouse conhecer! Ouse conhecer e procurar discutir e esclarecer os verdadeiros sentidos de uma Constituição, seus pressupostos e suas possibilidades. Talvez se possa entender, a partir de uma visão mais clara acerca dos verdadeiros significados do constitucionalismo, mais e melhor, acerca de nós mesmos e

do que o Direito e a Constituição podem e/ou devem fazer em uma sociedade politicamente organizada. Talvez se possa, a partir daí, aprender a aceitar a imperfectibilidade inerente a toda e qualquer Constituição, e melhor reconhecer e implementar suas grandes conquistas. Que se possa, então, deixar de lado a obsessão de reformular simplesmente os textos – como se eles tudo pudessem, e se passe a reformular a interpretação, pela ampliação dos parâmetros de nossa própria compreensão. Só assim será possível se aproximar da importante verdade, tão bem explicitada por Souza Cruz, de que o processo constituinte deve assumir a condição de um aprendizado coletivo permanentemente aberto para a inclusão, aquisição e transformação dos direitos que regem a sociedade (Souza Cruz, 2006).

No momento em que se fala de um *constitucionalismo mundial* (Ackerman, 1997), faz-se oportuno tecer algumas reflexões sobre a fundação do Estado Constitucional na França revolucionária. Ao fazê-lo, motiva-se por objetivo outro senão o de apontar a dialeticidade inerente ao processo de afirmação do próprio constitucionalismo, permeado por tensões e contradições, sempre possíveis e passíveis de superação no correr da vivência humana intersubjetiva.

2 A RUPTURA REVOLUCIONÁRIA E A NOVA DIMENSÃO DO CONCEITO DE LIBERDADE

Tão grande foi a ruptura e a transformação que o Direito sofreu com a Revolução Francesa de 1789, que essa viria a se consagrar como um verdadeiro símbolo histórico do universo jurídico e político moderno, fenômeno que Hegel iria tematizar como o verdadeiro *parto de uma sociedade nova* (Hegel *apud* Oliveira, 1991). É que, como ensina Baracho Júnior (2000), no período que antecede a formação das organizações políticas modernas, as normas que regulam o agir humano têm uma fundamentação transcendental, pouca distinção havendo entre o Direito e demais ordens normativas. Entretanto, o processo

de ruptura e transformação não adveio do acaso, mas é fruto de longa sedimentação histórica. Como ensina Ferraz Jr.:

Na passagem do século XVIII para o século XIX, há uma mudança no quadro das teorizações científicas, já preparada na ciência renascentista, na dúvida cartesiana e na necessidade de fundar o conhecer a partir de si próprio. A dicotomia entre contemplação e ação, bem como a ideia platônica de que a verdade era percebida apenas no ato solitário da visão, começara a ser abalada quando a ciência se torna atividade que faz, que constrói os objetos que conhece. Com isso, a velha noção de teoria como contemplação e como conjunto de verdades concatenadas e dadas vira hipótese de trabalho que pode ser mudada conforme os resultados que produz, fazendo depender sua validade não daquilo que desvenda (*alétheia*), mas pelo fato de funcionar (produção científica) (Ferraz Jr., 1989, p. 5).

Ademais, desde a Idade Média, a técnica de produção se transmudara, fazendo com que o poder econômico se deslocasse das glebas feudais para a burguesia das navegações, do comércio e das manufaturas, criando, nas cidades, a base da nova sociedade que paulatinamente deixaria suas antigas fundações no campo e na terra. Num primeiro momento, as exigências econômicas farão com que os monarcas, já sem meios de qualquer ação impeditiva à expansão capitalista da primeira idade do Estado moderno, venham a estimular a classe burguesa mediante o desenvolvimento de políticas mercantilistas. Assim agindo, entretanto, a monarquia absoluta não fazia mais que atenuar e encobrir a contradição latente e frontal que se escondia sob a convivência de um governo de reis e nobres, de direitos feudais e instituições do período medieval, em uma sociedade de bases econômicas tão profundamente modificadas. Ali, o poder da riqueza gravitava já em órbita social absolutamente distinta, qual seja o da burguesia recém-formada e fortalecida (Bonavides, 1997).

Com essa política de suporte à burguesia e de apoio à livre empresa, a monarquia sufocara temporariamente a rebelião

burguesa e seus intentos de tomada do poder político. Todavia, como assevera Bonavides (1997), quando a burguesia cimentou seu inquebrantável poder econômico, tornou-se-lhe impossível tolerar a autoridade política em mãos de um príncipe guardião da antiga ordem jurídica e social privilegiada, que vinha da Idade Média, num desafio de continuidade aos tempos modernos, a saber, os tempos da burguesia.

Assim é que a Revolução em armas seria apenas o *epílogo* militar (Bonavides, 1997) da *revolução econômica*, dantes instaurada pela transmutação do processo de produção de riquezas, e da *revolução intelectual* que dantes se impingira nas consciências, trazendo ao processo revolucionário a adesão dos melhores espíritos da França, fortalecendo a burguesia com o apoio e a aliança de pensadores da envergadura de um Montesquieu e um Sièyes. Seria o braço forte que permitiria que a entidade denominada *Nação* – já trabalhada e erigida pelo pensamento anterior – se tornasse então soberana, assumindo o lugar antes ocupado pelo rei.

A grande questão trazida, pois, à vivência histórica daquele momento passou a ser a tentativa de fundação de uma nova ordem social, sustentada nos princípios universais da justiça social, igualdade e fraternidade, e tendo como fim precípua a manutenção de uma convivência humana livre e, ao mesmo tempo, possuidora de um nível de segurança jurídica compatível com a racionalidade dos novos tempos. Assim é que, com pretensões de definitividade e universalidade, veio a se afirmar, na *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen*, de 1789, os princípios racionais da nova organização social que soerguiam imaculados sobre os escombros da ordem anterior (Projet Constitutions de La France, 2025).

O dualismo de complementaridade – Direitos do Homem e do Cidadão – que, em análise apressada, poderia até mesmo sugerir alguma redundância no enunciado da célebre *Déclaration*, justifica-se, como ensina Comparato (1999), em função do caráter universal presente no espírito dos revolucionários, fazendo-se, pois, conscientes de que não

se dirigiam apenas ao povo francês, mas a todos os povos, concebendo o documento em sua dupla dimensão: *nacional e universal*. Aliás, as *disposições fundamentais* da Constituição de 1791 fazem a nítida distinção entre os *direitos do homem*, independentemente de sua nacionalidade, e os *direitos do cidadão*, próprios unicamente dos franceses.

Ademais, como esclarece Reale (1990), todo o conteúdo das Declarações de Direitos revolucionárias deve ser entendido como influência direta dos ventos da ilustração, que levaram os juristas da Revolução a assinalar, com enorme ênfase, o valor primordial consubstanciado no caráter inato e universal dos direitos fundamentais do homem. Ao ressaltarem tal valor, fizeram-no, porém, a partir da natureza mesma do homem, sem qualquer alusão a Deus como sua fonte originária, ao contrário da Declaração norte-americana, de base inegavelmente religiosa, que timbra em reconhecer a origem transcendente dos direitos inatos. A Declaração francesa é uma proclamação laica, obra exclusiva da sociedade e do Estado, que, até mesmo em consequência da tentativa de ruptura ideológica, fez-se à margem de qualquer interferência da Igreja ou de seus princípios.

Como assinala o jusfilósofo brasileiro, poder-se-ia dizer que esse entendimento marca o apogeu do racionalismo no plano da experiência jurídica, ou da autoconsciência do Direito. O *Cogito* cartesiano (*Cogito, ergo sum*) projeta-se no domínio social, convertendo-se em: *Cogito, ergo sum subiectus iuris*. Ser sujeito de direito significa ser *cidadão*, adquirindo, assim, a cidadania um sentido de universalidade (Reale, 1990).

Na ótica de Hegel, que fará da Revolução Francesa uma das bases de seu pensamento filosófico, esta só se faria historicamente compreensível a partir da ideia de *liberdade*, sendo que o grande legado da Revolução à história universal seria justamente erigir a liberdade a *fundamento* da vida humana: "a liberdade absoluta se eleva ao trono do mundo sem que poder algum lhe possa opor resistência" (Hegel, 1993, p. 94). A liberdade será, então, concebida como o próprio princípio

racional do Estado, encontrando, nos direitos do homem, o sustentáculo para a sua convivência.

Assim, para Hegel (1995), se a História Universal tem seu início com os gregos, com que desponta a consciência da unidade imposterável entre o *ser-homem* e *ser-livre*, esse momento era revelador de uma liberdade concreta ainda limitada, visto que reservada apenas a *alguns*. O Cristianismo é que iria trazer ao Ocidente a consciência do *homem livre enquanto livre*.

Entretanto, será a Revolução Francesa que concretizará a consciência cristã da liberdade, fazendo dela o fundamento da socialidade, visto que a liberdade política é elevada a fundamento mesmo da ordem social (Hegel, 1995). A liberdade, que já fora princípio da história europeia, é convertida em princípio da História Universal, base de todas as ordens estatais e jurídicas. É um mundo novo e um tempo novo que surge a partir de então. É com esse entusiasmo que Hegel fará consignar em sua *Filosofia da História*:

Nunca, desde que o Sol começou a brilhar no firmamento e os planetas começaram a girar ao seu redor, se havia percebido que a existência do homem está centrada em sua cabeça, isto é, Wno pensamento, a partir do qual ele constrói o mundo real. Anaxágoras já havia dito que o *nous* governa o mundo; contudo, somente agora o homem conseguiu conhecer a realidade espiritual (Hegel, 1995, p. 366).

Qual seria, porém, o limite ou a extensão dessa liberdade, tão enaltecida, mas com tamanha potencialidade conflitiva inserida na Declaração de Direitos francesa? É que, como apontam abalizados estudiosos (Jiménez Redondo, 1998; Cattoni de Oliveira, 2007), o conteúdo normativo insculpido na célebre *Déclaration* vem a refletir, desde sua gênese, a marca das duas grandes tradições do pensamento político moderno: a liberal e a republicana. Tal confluência adviria não apenas da histórica divergência entre jacobinos e gerundinos, mas também dos pilares teóricos que motivaram e sustentaram a

revolução. Assim, se, de um lado, a tradição republicana – que remonta a Aristóteles – pode encontrar vazão na voz de um J.J. Rousseau,² não se pode esquecer da abertura à tradição liberal – de John Locke e Stuart Mill –, oferecida por um Montesquieu e um Sièyes, todos eles igualmente convertidos em verdadeiros lastros teóricos do movimento revolucionário.

Como mostra Cattoni de Oliveira (2007), tal contradição já se faz presente no conteúdo normativo do disposto nos artigos 4º e 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão). O art. 4º, ao declarar que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem” (Projet Constitutions de La France, 2025), demonstra a ausência de limites ao exercício dos direitos naturais do homem, à exceção daquele que garante a todos os seus membros o gozo de iguais direitos. Todavia, o art. 6º iria introduzir uma fonte diversa de normatividade que não aquela representada pelos direitos naturais anteriores à conformação da sociedade política. É que, com Rousseau (Rousseau, [s.d]), consagrar-se-ia a ideia de que a lei é expressão da vontade geral, tendo todos o direito de concorrer para sua formação. Trata-se da díade entre democracia e liberdade individual que, como alicerces das conquistas do Estado Constitucional moderno, estão a demonstrar que a ruptura moderna não é algo tão simples e acabada, mas um projeto cuja dialeticidade faz parte de sua própria gênese, sendo-lhe talvez condição de possibilidade.³

² Bem traduzindo os pressupostos comunitaristas inerentes ao pensamento de Rousseau, assim se posiciona Mário Lúcio Quintão Soares, “o ato constitutivo desta associação produz, em substituição à pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, o Estado, mero executor das decisões, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, adquire sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade” (Soares, 2001, p. 114).

³ O caráter dialético e conflituoso dos princípios encetados pela Revolução Francesa fora também percebido por notáveis publicistas brasileiros: Almeida Melo assim se manifestou: “A Constituição teve, então, a finalidade de frear o governante e o Estado. Como o rei era quem mandava, enfraqueceu-se a sociedade política, com a criação de limites e travamentos à sua organização e a seu funcionamento. A Constituição serviu de primeiro instrumento destinado a enfraquecer o Estado” (Almeida Melo, 1996, p. 29). Ricardo Fiúza e Mônica Costa lançam o seguinte questionamento: “Rousseau entendia o homem como dotado de soberania individual, inalienável.

3 A REVOLUÇÃO PRETENDE-SE CONCRETIZAR PELO DIREITO

Diante de tal quadro, necessário seria que se efetivassem os postulados da Declaração de Direitos de 1789, garantindo-se sua realização prática mediante procedimentos e instituições, para que, desde logo, se concretizassem em reformas políticas e jurídicas fundamentais. Entretanto, como constatou Tocqueville (1988), esse modo de pensar e de agir não poderia buscar sua fundamentação no sistema político-jurídico até então vigente, haja vista a crença, partilhada pelos revolucionários, de que a construção da nova ordem necessitava mais de princípios ditados pela razão do que de exemplos históricos ou costumes antigos.

Nesse sentido, a constatação de Ferraz Jr. (1989), ao demonstrar que o Direito, com a Revolução Francesa, tornou-se uma criação *ab ovo*. É que o Direito passou a ter sua validade percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada no tempo, possibilitando, em alto grau, o detalhamento dos comportamentos passíveis de questionamento jurídico, não estando mais ligados a algo que fosse perenemente considerado como Direito. A plena convicção de novidade, partilhada pelos revolucionários, revelase bem pela mudança das formas métricas tradicionais, pela criação do sistema métrico decimal e, sobretudo, pela abolição e substituição do calendário cristão (Ferraz Jr., 1989).

Assim, a necessidade de implantação de uma nova ordem social traz, em seu bojo, a ideia de uma nova Constituição do Estado, a qual haveria de ser baseada na separação de poderes e na garantia dos direitos individuais (art. 16 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*). Da observação conjunta da Declaração de Direitos (Projet Constitutions de La France, 2025) e da Constituição de 1791 (Projet Constitutions

Mesmo acorrentado, amordaçado, sob pressões e torturas, o homem é livre e soberano. Mas, como viver em conjunto, com tanta soberania individual?" (Fiúza; Costa, 2006, p. 51). José Adércio L. Sampaio também ensina que "na França revolucionária [...] reinava uma certa ambiguidade no emprego da palavra Constitution, ora assimilada à ordem, ora à norma" (Sampaio, 2002, p. 13).

de La France, 2025), constata-se facilmente se tratar de documentos que representam a quintessência das realizações constitucionais da fase inicial da Revolução Francesa, sendo que, a partir de então, sobretudo da norma contida no célebre art. 16, só se poderá falar de uma constituição, com o sentido que lhe é atribuído pelo constitucionalismo moderno, desde que se observe, nos textos, uma adesão a certos requisitos anteriormente definidos.

Como constata Horst Dippel (2007), notável historiador do constitucionalismo, embora não tivessem sido completamente reproduzidos na Declaração francesa de 1789 e na Constituição de 1791, os dez traços essenciais de Virgínia apenas se tornaram elementos constitutivos do constitucionalismo moderno como fenômeno global porque foram recebidos (acolhidos) na França em 1789 e em virtude de o art. 16 declarar que somente a presença de certos traços essenciais nos permite falar de constituição no seu sentido moderno. Qualquer que tenha sido a importância do art. 16 num contexto especificamente francês, o seu significado global reside no fato de nele se insistir, pela primeira vez, num documento constitucional, que o constitucionalismo moderno envolve certos elementos em cuja ausência não se pode falar propriamente de constitucionalismo moderno.

Porém, como essa nova ordem não deveria absorver os legados do passado, a ideia de Constituição se confundirá com a ideia de uma construção grandiosa e racional de uma ordem social e política totalmente nova,⁴ tendo-se, pois, a noção precisa e exata da Constituição do Estado como substrato de realização da liberdade. A Constituição viria a se manifestar como a própria forma de exercício das liberdades do povo soberano.

⁴ Digna de nota é a conclusão a que chega Velloso de que, “tendo como fonte um poder inicial, incondicionado, autônomo e do qual derivam os demais poderes, é inegável estar a Constituição acima das normas elaboradas pelos órgãos por ela constituídos” (Velloso, 1993, p. 126).

Analizando o conteúdo da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, Reale (1990) constata que seus dispositivos logo se revelariam como *têtes de chapitre* de novas disciplinas jurídicas, sobretudo no que se refere ao Direito Constitucional. De fato, é com a Revolução Francesa que se assentam as bases do constitucionalismo, e se torna possível uma compreensão unitária e sistemática do Direito Constitucional. A partir daí é que se têm instaladas as primeiras cátedras de Direito Constitucional, as quais, tendo em vista a efervescência do movimento político na França, viriam a ter lugar na Itália – ainda no período jacobino – espalhando-se por Pavia, Bolonha, Pádua e Gênova (Reale, 1990).

4 O DELINEAMENTO TEÓRICO DO NOVO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Seria ingênuo pensar que o novo conceito de Constituição do Estado se fizesse definir, de forma direta e imediata, sem arrastar consigo inúmeros e graves debates. Afinal, como constata Saldanha (1983), quando do advento da Revolução, os franceses ainda pensavam em Constituição como estrutura política, forma de governo, modo de ser do Estado ou coisa similar, sendo que o moderno conceito de Constituição não se atingiria antes que o moderno conceito de Lei, como norma consubstanciadora de direito objetivo, dominasse o processo legislativo.⁵ Também foi preciso que, na linguagem política, se enraizasse a fórmula de Rousseau (Rousseau, sem data), segundo o qual a lei é a expressão da vontade geral, detentora da soberania. Assim, entender-se-ia a Constituição como lei geral de organização política, sendo esta a compreensão inicial da Constituição moderna (Saldanha, 1983).

De fato, grandes divisões se fazem no pensamento constitucional desse período. Alguns constituintes, de linhagem

⁵ Lúcida é a advertência de Kildare Carvalho (2006), para quem o constitucionalismo do Estado Liberal de Direito acarretou o nascimento do abstracionismo constitucional, é dizer, o direito abstrato tomou o lugar do direito histórico. Pois, com os influxos doutrinários do Iluminismo, chegou-se à racionalização do poder, cujo formalismo propiciou a expansão do constitucionalismo formal.

mais conservadora,⁶ traçavam um modelo de Constituição extremamente vinculado à tradição feudal francesa, em que nobreza, clero e terceiro Estado formavam um só corpo político, ordenado e estável, uma vez que convergentes ao princípio ordenador comum, representado pela autoridade da coroa. Essa é a posição ocupada por um Mirabeau (*apud* Diniz, 1998), que, na proposta de Constituição apresentada na sessão de 28 de julho de 1789, assim se posiciona:

Nós, os representantes da nação francesa, convocados pelo rei, reunidos em Assembleia Nacional, em virtude dos poderes que nos foram confiados pelos cidadãos de todas as classes, encarregados especialmente por eles de fixar a constituição da França e de assegurar a prosperidade pública, declaramos e estabelecemos, pela autoridade de nossos comitentes, como Constituição do Império francês, as máximas e regras fundamentais e a forma de governo, tal como se expressará em seguida; e quando tenham sido reconhecidas e ratificadas pelo rei,

⁶ A crítica reacionária surgida à época insurgiu-se também contra o *racionalismo abstrato* presente no pensamento de grandes líderes revolucionários de 1789, os quais estariam mais preocupados em defender a pureza das ideias do que a dignidade concreta da pessoa humana. Assim, sustentará De Maistre que “a Constituição de 1795, tal como as suas irmãs mais velhas, é feita para o homem. Ora, não há homem no mundo. Em minha vida, vi franceses, italianos, russos, etc. Sei até, graças a Montesquieu, que se pode ser persa: mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em toda a minha vida; se ele existe, eu o ignoro completamente” (Maistre *apud* Comparato, 1999, p. 114). Também Edmund Burke, na mesma trilha, fez-se notável no debate contrarrevolucionário. Indagava ele: “Qual a utilidade de se discutir o direito abstrato do homem à comida ou ao remédio? A questão toda gira em torno do método para obtê-los e fornecê-los. Eu aconselharei sempre que se convoque o auxílio de um agricultor e de um médico, antes que o de um professor de metafísica” (Burke *apud* Comparato, 1999, p. 115). Todavia, a rápida difusão dos ideais revolucionários não só pelo continente europeu, mas atingindo regiões tão distantes quanto a Índia, a Ásia Menor e a América Latina, demonstraria, com nítida certeza, que é justamente em seu universalismo que reside a grande importância histórica da Revolução Francesa, a qual, como bem disse Tocqueville, serviu para “aproximar ou separar os homens, a despeito das leis, da tradição, dos temperamentos, da língua, transformando por vezes os compatriotas em inimigos e os estrangeiros em irmãos; ou antes, ela formou, acima de todas as nacionalidades particulares, uma pátria intelectual comum, da qual os homens de todas as nações puderam tornar-se cidadãos” (Tocqueville, 1988, p. 87). Veem-se aí lançadas as bases do princípio, ou pressuposto de racionalidade que permeia o sistema constitucional moderno.

não poderá mudar-se nenhum dos artigos que encerram, a menos que seja pelos meios que naquelas se encontre reconhecido (Mirabeau *apud* Diniz, 1998, p. 60).

Outros pensadores, no entanto, adotariam a postura, de largo, consagrada pelo movimento liberal-burguês: a ideia de que a Constituição deveria ser escrita, consistindo no ato fundador por meio do qual a nação soberana, por intermédio de seus representantes e de acordo com os postulados do art. 16 da Declaração de 1789, organizaria juridicamente o Estado, com a distribuição e limitação dos poderes em termos precisos, e com a proteção e garantia dos direitos naturais e inalienáveis do homem. Essa é a postura adotada por Sieyès em diversos pronunciamentos por ele proferidos, e que lançariam sólidas bases na fixação da noção moderna de Constituição. Refletindo a respeito, assim se posiciona Baracho:

O conceito racional-ideal (de Constituição) provém do momento histórico da difusão do constitucionalismo vigente à época da Revolução Francesa, cuja doutrina foi exposta por Sieyès. A Teoria do Poder Constituinte de Sieyès propunha o estabelecimento de uma Constituição baseada nos seguintes pontos capitais: declaração de direitos, forma escrita, governo representativo, separação entre poder legislativo e executivo. Tornava-se necessária a convocação de uma Assembleia Nacional, representativa de toda a nação, com os poderes extraordinários, constituintes, para formular a nova Constituição (Baracho, 1979, p. 170).

Instaura-se, então, a partir daí, a crença que envolveria os principais espíritos dos séculos XVIII e XIX, de que a Constituição do Estado se consubstancia numa Lei Fundamental, escrita e sistemática, que assegura a supremacia desse corpo de leis sobre todas as demais regulamentações de conduta existentes no Estado (Baracho, 1979). Sob a influência de autores como Locke e Rousseau (Baracho, 1979), a Constituição do Estado passará também a ser vista analogamente ao *contrato social*,

sendo imperioso, pois, que seja escrita e redigida da forma mais clara e completa possível, a fim de assegurar não apenas sua posição hierárquica superior, como também o valor da segurança jurídica – tão caro aos homens desse período – por meio do amplo conhecimento a todos dado de seus direitos constitucionais.

Daí poder-se constatar que se trata de uma fase essencial na teorização dos pontos cardeais das Constituições. Tem-se, pois, que as leis constitucionais ou fundamentais são anteriores e superiores às leis ordinárias, impondo-se o respeito do Poder Legislativo às leis constitucionais. A autoridade do legislador ordinário não pode atingir a possibilidade de mudança das leis constitucionais, já que “é da Constituição que os legisladores retiram e justificam seus poderes. Não podem mudá-la sem destruir o fundamento de sua autoridade” (Baracho, 1985, p. 27-28).

5 AS APORIAS DO PENSAMENTO REVOLUCIONÁRIO

Como demonstra Reale (1990), é todo um Direito novo, o Direito Moderno, que se acha embutido na declaração revolucionária, o que explica tenha ela servido de preâmbulo à Constituição de 1791. Promulgada em 3 de setembro de 1791, a Constituição francesa teria uma destacada influência, servindo de modelo a várias Constituições do continente europeu. Entretanto, o sistema constitucional da liberdade erigido em solo francês terminaria por sucumbir, e, à instabilidade constitucional que marcaria a primeira década pós-revolucionária, seguir-se-ia a explosão de violência que faria tantos dos ideários naufragarem em uma sanguinolenta vertigem de cabeças cortadas (Reale, 1990).

Hegel apresenta-se aqui como a mais autorizada voz na explicação das contingências do fenômeno revolucionário. A Revolução Francesa, rompendo com a bela *totalidade grega*, traria para o Ocidente, como grande conquista da humanidade, a afirmação do princípio da *subjetividade*. Vale dizer, tendo por

base o pensamento de Rousseau, que erigira a vontade como fundamento do Estado, eleva a liberdade, como unidade consigo mesma, a fundamento do Estado e de todo Direito. A influência do pensador genebrino verifica-se no vigoroso intuito dos revolucionários de estabelecer um regime popular.⁷ Todavia, a liberdade trazida pela Revolução apresenta-se ainda como *liberdade abstrata*, que, como *liberdade absoluta* indeterminada, aparece “à primeira vista a mais real e rica, mas que se revelará, entretanto, como a mais pobre, abstrata e desprovida de realização” (Bicca, 1988, p. 53). Como dirá Hegel, “o mundo é para ela pura e simplesmente sua vontade e esta é vontade universal” (*apud* Bicca, 1988, p. 53).

É uma liberdade que não se efetiva, visto que não se determina, pois não se diferencia e estabelece a de um conteúdo específico. A determinação é essencial no pensamento de Hegel, concebida como “a negatividade imanente ao universal, a solução dialética para o dualismo da infinitude (universal) e da finitude (particular)” (Oliveira, 1991, p. 76). Ora, a efetivação do homem como ser livre, para Hegel, só pode ser feita mediante a elevação do indivíduo empírico ao plano da existência universal, vale dizer, a liberdade vista como processo dialético de determinação imanente do universal. A particularidade do indivíduo, negada pela universalidade do *logos*, será *superada*, uma vez que o homem, portador do *logos* universal, torna-se a universalidade concreta, a síntese do universal e do particular, sendo que realizar o homem na história, para Hegel, é justamente encontrar a síntese entre a universalidade e a particularidade, que se faça compatível com as contingências próprias à situação histórica (Oliveira, 1991).

Na Revolução Francesa, entretanto, apesar de ser a vontade universal e absoluta, é tão somente a vontade dos indivíduos singulares, sendo que, como essa vontade dá

⁷ Adotou-se, na Constituição francesa de 1791, um sistema legislativo unicameral em que os membros da assembleia eram eleitos por dois anos e se faziam plenos depositários da soberania nacional. O rei constituía apenas figura decorativa, dispondo tão somente de um veto suspensivo por três legislaturas (cf. Baracho, 1985, p. 26-31; Comparato, 1999, p. 132-138).

fundamento ao direito, o direito termina por ser o que a *lei quer*. Essa lei, contudo, procede das vontades individuais, já que o Estado que a edita é um agregado de muitos indivíduos, sem constituir uma *unidade substancial em si e para si*, configurando-se, pois, o direito, como produto de uma vontade absoluta (Salgado, 1996). O primeiro momento revolucionário apresenta-se como exacerbação do caráter imediato da liberdade, sendo essa, pois, destituída da percepção da necessidade de mediação, vale dizer, da sua composição mediante a criação de um mundo de instituições que estabeleçam a garantia de sua dignidade: o mundo objetivo da efetivação da liberdade.

Trata-se da percepção reducionista da liberdade, típica do liberalismo, que a concebe, de forma adstrita, à esfera da ação subjetiva, sendo que por subjetividade compreende-se então como a interioridade em contraposição à realidade objetiva (Hegel, 1993). Ora, como Hegel (1993) demonstrou, a liberdade moderna não pode ser concebida como mera subjetividade, mas, ao contrário, só poderá ser corretamente percebida na medida em que se faça historicizada na esfera das normas, dos costumes e das instituições, é dizer, do mundo objetivo. Não que se queira negar a subjetividade, enquanto momento constitutivo da liberdade – o que Hegel reconhece –, mas o que não se pode é reduzi-la a esse momento, sob pena de parcialidade extremamente comprometedora de sua realização efetiva.

Para Hegel (1993), a partir dessa concepção abstrata de liberdade, a Revolução apresenta-se debilitada em sua capacidade de produzir uma estrutura estável do mundo, ao mesmo tempo compatível com a racionalidade moderna e a nova consciência da liberdade. Assim, com a Proclamação da República em 1792 e a prisão do desventurado Luís XVI, entra em franco declínio a Constituição de 1791, sendo logo substituída pela Carta de 24 de junho de 1793, a qual, por sua vez, num furor de radicalismo democrático, vem a consagrar dispositivos absolutamente inaplicáveis de democracia direta, não logrando, pois, ser posta em funcionamento.

É que, logo após sua promulgação, a *Convenção Nacional*⁸ veio a instituir um governo provisório, denominado *governo republicano*, para atuar enquanto durasse a guerra contra as potências monárquicas. O Poder Executivo seria atribuído a comissões de deputados, dentre as quais se destacaram a *comissão de governo* e a de *salvação pública*, na qual pontificava Robespierre, cujos poderes tenderiam rapidamente à ditadura pura e simples (Comparato, 1999, p. 136).

Na análise de Hegel (1993), o terror adviria, assim, como uma trágica consequência inerente à dialética histórica do próprio movimento revolucionário. O terror apresenta-se como um momento caracterizador de uma necessidade dialética dos rumos trilhados pela Revolução. Afinal, ao afirmar-se a liberdade individual como absoluta, exclui-se o reconhecimento de qualquer outra, afirmando-a como exclusiva. Essa pluralidade de consciências de si absolutas será a própria contradição em si, visto que, como consequência dessa afirmação de liberdade, têm-se a exclusão da outra individualidade livre e a luta para que cada uma seja reconhecida como absoluta. Note-se que já não mais se cuida do reconhecimento da consciência de si, mas da sua liberdade absoluta. Isso, porém, só ocorreria com a eliminação das outras liberdades que também se querem absolutas.

Com o golpe de Estado de 9 do Termidor do Ano II (27 de julho de 1794), seguida da prisão, do julgamento sumário e da execução imediata de Robespierre, a Constituição de 1793 foi logo substituída pela *Constituição do ano VIII*, ou *Constituição diretorial* de 1795. Esta viria a introduzir, no sistema francês, o modelo de Executivo colegiado, vale dizer, um Diretório composto de cinco membros, cada um dos quais tomava o título de presidente pelo período de três meses (Comparato,

⁸ *Convenção Nacional* foi o nome que a Assembleia Legislativa, que havia sucedido a Constituinte de 1789, logrou dar à nova Assembleia Constituinte por ela convocada para, após o declínio da Carta de 1791, votar uma nova Constituição para a França. A denominação deve-se à influência do exemplo norte-americano (Comparato, 1999).

1999). Todavia, as guerras da França revolucionária contra os Estados opostos da ideologia liberal na Europa exigiriam uma brusca transformação de governo. Assim é que, somente por meio do *intermezzo napoleônico*, a sociedade francesa pôde voltar às fontes originárias de sua Revolução, superando, a um só tempo, as forças comprometedoras do populismo radical e do autoritarismo (Reale, 1990).

A dialética histórica da Revolução Francesa revelar-se-á como um dos grandes embates para a afirmação do conceito de Constituição moderna, como institucionalização concreta da liberdade humana. No fundo de todas as contingências e cisões presentes em seu processo, situa-se aquela contradição, latente e profunda, dos conceitos de liberdade dos antigos e da modernidade liberal. O choque da *sociabilidade* e da *subjetividade* aparece, enfim, como o grande embate que propicia a síntese do espírito revolucionário e seu legado para a história universal. A partir da Revolução, como demonstra Salgado (1996), *ordem e liberdade* têm de se encontrar na vida social, de modo irreversível e eficaz, realizando a unidade da ação política dos franceses com a reflexão filosófica do idealismo alemão. Assim, a ordem deixaria de ser uma organização política do arbítrio para se converter numa *organização constitucional* dos direitos do homem.

A síntese temporária, ou o equilíbrio historicamente possível entre os pressupostos de uma tradição liberal e aqueles da tradição republicana, havia sido alcançada, e haviam-se afirmado novos elementos de legitimação do Direito. Todavia, uma aporia permaneceria aberta no quadro dessa nova configuração do Direito moderno. Os problemas dela advindos marcariam todo o século XIX e primeiras décadas do século XX. Refere-se ao fato, constatado por Cattoni de Oliveira (2007, p. 35), de que tanto a tradição liberal quanto a tradição republicana pressupõem uma visão de sociedade centrada no Estado. A superação dessa visão monopolística do Direito como sendo algo que só se realiza no Estado será um dos grandes desafios que à *alta modernidade* cabe resolutamente enfrentar.

6 CONCLUSÃO

O fenômeno do constitucionalismo é um dos elementos centrais da cultura jurídica e política moderna. Com ele foram estabelecidas e concretizadas algumas das mais importantes transformações que justificariam a própria ideia de uma Idade Moderna. As conquistas obtidas pelas revoluções que marcam essa era podem muito bem ser compreendidas a partir de um conceito chave que apenas no contexto político-cultural do século XVIII se fará aparecer: a Constituição do Estado.

Ao estudar a influência da Revolução Francesa sobre o conceito de Constituição moderno, pretende-se destacar, de um lado, a tensão entre as premissas em que estava fundado e, de outro, a profunda ruptura ideológica pretendida por esse conceito, o qual se pretende a concretização da consciência histórica da liberdade. Trata-se da visão triunfal de que ali, na Declaração Universal de Direitos, o homem atingiria não apenas a consciência da sua liberdade individual, mas a consciência da liberdade de todo ser humano, compreendendo que, por ser universal, deve ser realizada e garantida a todos e por todos.

Todavia, como decorrência das próprias influências teóricas que desaguiariam na Revolução Francesa, bem como da ruptura com um paradigma de liberdade que marcara toda a tradição pré-moderna, os ideários político-jurídicos consagrados nas Constituições francesas fariam, em breve ressaltar, a contradição latente que lhes era implícita. Assim, a dialética entre *indivíduo e sociedade*, bem como entre liberdade e democracia, seria o reflexo normativo da tensão entre o grande arcabouço de tradições e pré-compreensões que fundaram as condições de possibilidade para o aparecimento da própria Revolução. Nesse sentido, o conflito entre as tradições liberal e republicana, ambas tão bem representadas em território francês, tanto por seus grandes teorizadores, como nos embates políticos que conformariam a ordem revolucionária mostrasse como um exemplo performático das grandes promessas

e também das aporias contidas no projeto constitucional moderno.

Desde sua gênese, o Estado Constitucional pretende ser um Estado que erige a liberdade como seu valor polar e a distribui equanimemente pela sociedade. Todavia, a definição – ou redefinição – dos limites dessa liberdade, bem como sua condição de nova fonte de legitimação do Direito, legaria ao constitucionalismo moderno uma tensão até hoje não inteiramente resolvida e que se apresenta como de importância vital nos dias contemporâneos. O legado constitucional da Declaração de Direitos está muito além das aparentemente simples fórmulas de organização política do Estado, da delimitação do poder e da proteção dos direitos humanos. Há algo mais que se esconde, desde o início, nessas notáveis formulações jurídicas. Os séculos vividos e pensados que lhe subjazem não poderiam levar senão à grande riqueza e profunda densidade que entremeia todos os seus textos.

A análise do fenômeno de sua manifestação histórica serve bem para mostrar que a Modernidade não nos vem oferecida numa bandeja. Ela não está pronta. Nunca esteve e possivelmente nunca estará. Cabe conquistá-la! Não com a postura romântica e ingênua de revolucionários que miram o novo pelo simples desejo de mudar, mas com a consciência do conflito que, inerente a todo consenso racional, recobra dos juristas não a atenção impávida para com os legados do passado, mas o compromisso com a integridade do Direito e sua permanente reconstrução.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia law review*, v. 83, n.4, p. 771-797, 1997.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito Constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARACHO, J. Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARACHO, J. Alfredo de Oliveira. Teoria geral das constituições escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s. l.] n. 60/61, p. 25-98, jun./jul. 1985.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de O. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BICCA, L. A revolução francesa na filosofia de Hegel. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 15, n. 42, p. 49-60, jan./abr. 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Kildare G. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Kildare G. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio A. *Filosofia do direito na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COMPARATO, F. Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O legado da revolução. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 16, n. 47, p. 5-11, set./dez. 1989.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion – de la antiqüedad a nuestros dias*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIUZA, Ricardo; COSTA, Mônica Aragão. *Aulas de Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas – em compêndio*. Tradução de Paulo Menezes. São Paulo: Loyola, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich; ILTING, K. H. (ed.). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Tradução de Carlos Díaz. Madrid: Libertarias/Prodhuft, 1993.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Introducción. In: HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Coimbra: Edições 70, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A leitura hegeliana da revolução francesa. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 18, p. 73-88, jan./mar. 1991.

PROJET CONSTITUTIONS DE LA FRANCE. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>. Acesso em: 16 jan. 2025.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Fernando José Armando. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Hemus.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia – secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO, Marcelo (org.). *O Brasil que queremos*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2006. p. 47-104.

TOCQUEVILLE, C. Alexis H. de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Flammarion, 1988.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

200
años



O DIREITO DE PROPRIEDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL

THE RIGHT OF PROPERTY IN THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF BRAZIL

Gabriel José de Orleans e Bragança¹

RESUMO

O direito de propriedade esteve presente em todas as constituições brasileiras, desde antes da Constituição de 1924. Trata-se de direito fundamental que vigora desde os primórdios e que, no Brasil, encontrou maior segurança pela sua expressa previsão constitucional; um direito real que conforma o regime social em vigor, mitigado em situações absolutamente excepcionais (v.g. função social da propriedade). Por isso, para muitos, é o direito da propriedade a extensão do próprio direito da personalidade. Nesse sentido, com o passar dos anos, longe de arrefecer-se, o direito de propriedade foi sempre assegurado como cláusula pétrea, atualmente na forma do art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: propriedade; constituição; direito; sociedade.

ABSTRACT

¹ Mestre e doutor em Direito Comercial pela PUC – São Paulo, sócio de Sacramone, Orleans e Bragança Advogados – SOB Advogados, membro do plantel de árbitros da Medarb, Cames e Camesc, membro da Comissão de Estudos sobre Instituições Financeiras da OAB/SP, coordenador da Comissão de Direito Concorrencial da Escola Superior de Advocacia de São Paulo, membro da Comissão de Direito Falimentar da OAB/SP, membro das Comissões de Direito Bancário, Imobiliário e vice-presidente da Comissão de Direito Falimentar do Iasp, membro do TMA – Brasil (Turnaround Management Association), membro do IBR – Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação Judicial de Empresas, membro do CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem, professor do Curso de Pós-Graduação do Ibmec-SP, autor e coautor de diversos artigos e livros acadêmicos. *E-mail:* gabriel.braganca@sobadv.com.br. Agradeço pelo apoio de pesquisa realizado por Deny Jorge, hoje aluno da Faculdade de Direito da PUC-SP.

The right to property has been present in all Brazilian constitutions, since before the 1924 Constitution. It is a fundamental right that has been in force since the beginning and, in Brazil, found greater security due to its express constitutional provision; a real right that conforms to the social regime in force, mitigated in absolutely exceptional situations (e.g. social function of property). Therefore, for many, the right to property is the extension of the right to personality itself. In this sense, over the years, far from cooling down, the right to property has always been guaranteed as a permanent clause, currently in the form of art. 5th, XXII, of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: property; constitution; law; society.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste trabalho, estudar o Direito de Propriedade considerando o contexto histórico constitucional brasileiro. Trata-se de direito, cuja origem remonta à Constituição do Império, que se mantém não só incólume pelo que se compreende de Estado de Direito bem como na concepção atual do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição de 1988 (Brasil, 1988). Enquanto regulado pelo Direito Civil, filia-se à natureza jurídica ensinada por Orlando Gomes: a propriedade é um direito complexo, que pode ser conceituada a partir de três critérios:

o sintético, o analítico e o descritivo. Pelo conceito sintético, é definido como a submissão de uma coisa, em todas suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir, e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem que injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei (Gomes, 1978, p. 99).

De arranque, nesse instante preliminar, deve-se registrar que o direito à propriedade não é uma criação da Constituição de 1824.

A propriedade privada é produto da evolução e complexificação das comunidades humanas. Os primeiros agrupamentos humanos eram caracterizados por uma vida essencialmente comunitária. É dizer, esses primeiros indivíduos, que não lavravam a terra, tampouco exerciam a prática do comércio, viviam fundamentalmente da caça e da pesca. Transcorrendo o tempo, com a domesticação dos animais e uma agricultura incipiente, houve um início na divisão das especialidades e acumulação de riquezas, o que exigiu uma devida limitação territorial. Com efeito, a história nos mostra um vínculo forte entre o homem e a terra, logo, a propriedade. A propriedade, para além de sua utilidade econômica, tem papel no enquadramento do homem para efeito de seu status social e político.

Especificamente, como ensina Engels (2021), o surgimento da riqueza em terras teve início a partir do momento que as tribos perderam a propriedade suprema do solo. Assim,

quando, porém, o obstáculo da propriedade suprema da gens e da tribo foi suprimido pelo novo proprietário, em caráter definitivo, se rompeu também o vínculo que unia indissolivelmente o proprietário ao solo. O que isso significava ensinou-lhe o dinheiro, que se inventou justamente ao tempo do advento da propriedade da terra. A terra, agora, podia tornar-se mercadoria, podia ser vendida ou penhorada. Logo que se introduziu a propriedade privada da terra, criou-se a hipoteca (vide Atenas) (Engels, 2021, p. 204-205).

Do ponto de vista de uma organização territorial irradiada por um poder, no Brasil, pode-se dizer que as terras passaram a ser distribuídas logo no início da colonização: primeiramente com o regime das capitanias hereditárias; posteriormente, com o Governo-Geral, eram previstas concessões que deram início às grandes culturas que, tempos depois, consagrariam o Brasil como grande produtor rural. Aponta-se que, nesse período

inicial do Brasil, a propriedade privada fez-se a partir de um fundamento moral, religioso. Assim, “a concepção do direito de propriedade estava firmemente escorada na teologia” (Marcos; Noronha; Mathias, 2014, p. 349-350).

A transformação dessa perspectiva começa, inegavelmente, a partir da Constituição de 1824, texto produzido no bojo das manifestações liberais, principalmente no que se refere às revoluções da França e dos Estados Unidos. Dalmo de Abreu Dallari (2013), por exemplo, ao investigar a supremacia da liberdade individual no seio do constitucionalismo francês, percebe que

as regras de participação no governo e as imposições do Poder Público implicavam sérias restrições à liberdade a imposição arbitrária de tributos e a falta de proteção dos direitos, sobretudo direitos patrimoniais, aí incluídos o direito de propriedade e também o uso e a circulação dos bens econômicos (Dallari, 2013, p. 211).

Assim, se o constitucionalismo nasceu por força de uma razão liberal que pudesse delimitar espaços de liberdade e proteção ao indivíduo, no Brasil, com a Constituição de 1824, não foi diferente. Nesse sentido, para Thomas Vesting,

uma constituição liberal não depende apenas, e nem mesmo primariamente, de um poder fundamentador da constituição, mas sim de um espaço vivo de liberdade instituída, de processos de auto-organização social (Vesting, 2024, p. 68).

2 CONSTITUIÇÃO DE 1824: O INÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO REPERTÓRIO CONSTITUCIONAL

Como já apontamos, no período pré-conformação da Constituição de 1824, surgiram duas pautas econômicas no seio da colônia, quais sejam: (i) a liberdade de empreender e comercializar, e (ii) a manutenção da estrutura produtiva cativa (Bragança; Yamashita; Sacramone, 2024, p. 234-235). Isso se deve à economia colonial brasileira, que, no final do século XVIII,

estava dividida em dois sistemas: agroexportador e minerador. Sob o sistema mercantilista, a economia era controlada pela Coroa, com uma política protecionista e rígidos controles fiscais e militares. No entanto, nesse período, já surgia um mercado interno, ainda incipiente, que acumulava capital nas mãos dos colonos e começava a desenvolver interesses próprios, além da simples manutenção do sistema colonial.

Assim, como já apresentado no ato introdutório, era esperado que manifestações liberais culminassem em um novo sistema de organização.

Ao presente estudo interessa a análise, apenas, do direito de propriedade que surgiu nesse cenário. Nesse sentido, aponta-se que Constituição de 1824 foi a primeira das cartas magnas a prever o direito de propriedade. Ao longo do texto constitucional, pode-se extrair, principalmente, os seguintes dispositivos:

Art. 133: Os Ministros de Estado serão responsáveis: [...] V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos; [...]

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]

VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Império, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres. [...]

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização; [...]

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em rescarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização (Brasil, 1824).

Como se vê, a Constituição do Império considerou o direito à propriedade como uma das bases dos direitos civis e políticos do Brasil, o que não poderia ser estranho a uma constituição liberal. Além disso, a importância da propriedade naquele sistema normativo era tão central, que representava uma das possibilidades de os Ministros de Estado serem responsabilizados no caso de violarem esse direito.

Nesse sentido, sendo a propriedade o núcleo da atividade econômica organizada, sem a garantia de sua incolumidade, não seria possível assegurar uma incipiente livre iniciativa, base de um sistema liberal. Dessa forma, no art. 179, como já expusemos (Bragança; Yamashita; Sacramone, 2024, p. 240), os incisos VI, XV, XXII e XXVI tratam, de forma direta, da asseguuração da incolumidade patrimonial, seja de caráter material ou imaterial: a perseguição, a utilização, o gozo e a disposição dos bens é assegurado de maneira absoluta, assim como é sua prévia indenização em caso de desapropriação por parte do Estado. Noutro lado, pode-se falar também da própria segurança jurídica, que visa cumprir o fim de defender a propriedade e os negócios presente, de maneira evidente, nos incisos I, III, XI-XIII e XX do mesmo art. 179.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. [...]

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. [...]

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos mercimentos de cada um. [...]

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja (Brasil, 1824).

3 A CONTINUIDADE DO DIREITO À PROPRIEDADE NAS DEMAIS CONSTITUIÇÕES

Para além da Constituição de 1824, o Brasil teve outras seis ao longo de sua história, quais sejam: (i) Constituição de 1891; (ii) Constituição de 1934; (iii) Constituição de 1937; (iv) Constituição de 1946; (v) Constituição de 1967; e (vi) Constituição de 1988.

3.1 Constituição de 1891 - Constituição da Primeira República

O art. 72 da Constituição de 1891 determinava que deveria ser assegurado “a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade” (Brasil, 1891).

Interessante notar que o § 17, em redação dada pela Emenda Constitucional de 1926, dispunha que “o direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia” (Brasil, 1891). Essa disposição, como se verá, é frequente nas constituições brasileiras e tem a sua origem no inciso XXII do art. 179 da Constituição Imperial.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização (Brasil, 1891).

3.2 Constituição de 1934 - Constituição da Segunda República

A Constituição de 1934, em seu art. 113, determinava que aquela Carta Magna “assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade” (Brasil, 1934).

Em razão disso, o inciso XVII do mesmo artigo previa que

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indemnização. Em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressaltado o direito a indemnização ulterior (Brasil, 1934).

Vale comentar que os incisos XVIII, XIX e XX protegiam a propriedade intelectual e industrial.

XVIII - Os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes a lei garantirá privilegio temporario, ou concederá justo premio, quando a sua vulgarização convenha á collectividade. XIX - É assegurada a propriedade das marcas de industria e commercio e a exclusividade do uso do nome commercial. XX - Aos autores de obras litterarias, artisticas e scientificas é assegurado o direito exclusivo de reproduzir-as. Esse direito transmittir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar (Brasil, 1934).

Reconhecia-se, no interior do Título IV, da Ordem Econômica e Social, que as minas e outras riquezas do subsolo representavam propriedade distinta daquela do solo, sendo que a devida exploração desses recursos demandava a concessão pelo Estado:

Art. 118. As minas e demais riquezas do subsólo, bem como as quedas d'agua, constituem propriedade distincta da do sólo para o effeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas mineraes, bem como das aguas e da energia hydraulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º As autorizações ou concessões serão confe-

ridas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros.

§ 2º O aproveitamento de energia hydraulica, de potencia reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quaes a de possuirem os necessarios serviços technicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territorios, a attribuição constante deste artigo.

§ 4º A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas mineraes e quédas dagua ou outras fontes de energia hydraulica, julgadas basicas ou essenciaes á defesa economica ou militar do paiz.

§ 5º A União, nos casos prescriptos em lei e tendo em vista o interesse da collectividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estancias minero-medicinaes ou thermo-medicinaes.

§ 6º Não dependem de concessão ou autorização o aproveitamento das quédas dagua já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa (Brasil, 1934).

3.3 Constituição de 1937 – Constituição do Estado Novo (Polaca)

A Constituição de 1937, no tópico de Direitos e Garantias Individuais, assegurava “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 122) (Brasil, 1937).

Interessante notar que o inciso XIV do art. 122 assegurava o direito à propriedade salvo nas hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Todavia, o dispositivo foi, primeiramente, alterado pela Lei Constitucional nº 5, de 1942, e, posteriormente, suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942:

XIV - o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que

lhe regularem o exercício (Brasil, 1942b).
XIV - o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício (Brasil, 1942a).

Comenta-se que o Decreto nº 10.358, de 1942, em sua ementa, declarava o estado de guerra em todo o território nacional. Vale dizer que, desde 1939, o mundo vivenciava a Segunda Guerra Mundial. O Brasil, até então neutro, foi pressionado a entrar na guerra somente em 1942. Como narram Lilian Schwarcz e Heloísa Starling:

Vargas conduziu o jogo até que, com o ataque japonês à base norte-americana de Pearl Harbor, em 1941, foi pressionado a tomar posição: só em 28 de janeiro de 1942, no final da Reunião dos Chanceleres das Repúblicas Americanas, realizada no Rio de Janeiro, o Brasil rompeu relações comerciais e diplomáticas com as potências do Eixo. A reação não se fez esperar: submarinos alemães torpedearam navios mercantes brasileiros em águas territoriais do país. A população saiu para as ruas e promoveu as primeiras grandes manifestações públicas desde o início da ditadura: exigia a entrada imediata do Brasil na guerra, ao lado dos Aliados (Schwarcz; Starling, 2018, p. 384).

Nota-se, portanto, que o direito à propriedade, assegurado até então, foi suspenso em razão do estado de guerra.

O art. 143 e seus parágrafos, como na Constituição predecessora, previa que as minas e outras riquezas constituíam propriedade distinta do solo, bem como determinava a autorização federal para sua exploração.

Art. 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, de-

pende de autorização federal

§ 1º - A autorização só será concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, podendo o Governo, em cada caso, por medida de conveniência pública, permitir o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica a empresas que já exercitem utilizações amparada pelo § 4º, ou as que se organizem como sociedades nacionais, reservada sempre ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 6, de 1942).

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa (Brasil, 1937).

O § 2º - incluído pela Lei Constitucional nº 5, de 1942 - art. 166, diferentemente das demais constituições, previa que, na hipótese de estado de emergência, o Presidente da República poderia suspender o direito à propriedade:

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País (Brasil, 1942).

3.4 Constituição de 1946

O art. 141 da presente Constituição, que inaugura o Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, assegurava “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade”.

Inicialmente, o § 16 previa a garantia do direito à propriedade,

salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior (Brasil, 1946).

No entanto, a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, alterou a redação, dispondo-a da seguinte forma:

É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior (Brasil, 1964).

Aponta-se que a Emenda Constitucional nº 10 foi publicada em 1964, ano em que se iniciou, no Brasil, a ditadura militar que somente acabaria na década de 80.

Na mesma oportunidade, foi incluído o § 1º no art. 147, in verbis:

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover

a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas (Brasil, 1964).

O § 6º do art. 147, inclusive, determinava que, nos casos de desapropriação, na forma do § 1º acima evidenciado, os proprietários ficariam isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que deveriam incidir sobre a transferência da propriedade desapropriada.

Os arts. 152 e 153 também previam a distinção entre as minas e as demais riquezas do solo, bem como a necessidade de autorização estatal.

Art. 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo. § 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxi-

liará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aproveitamento das estâncias destinadas ao uso delas (Brasil, 1946).

O art. 156 inovou em relação ao apresentado até então. O caput do artigo determinava que a lei deveria facilitar a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública.

Art. 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados (Brasil, 1946).

Em razão disso, o § 3º, inicialmente, previa que

todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita (Brasil, 1946).

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, alterou a redação do parágrafo citado acima, deixando-a da seguinte maneira:

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais (Brasil, 1964).

3.5 Constituição de 1967 – Constituição do Governo Militar

O art. 150 da Constituição do Período Ditatorial determinava que a Constituição assegurava "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade". Nesse sentido, o direito de propriedade era garantido "salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior" (§ 22, art. 150) (Brasil, 1967).

O § 1º do art. 157, referenciado acima, previa, inicialmente, que a

União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas (Brasil, 1967).

Entretanto, o Ato Institucional nº 9, de 1969, alterou a redação do parágrafo, deixando-a da seguinte maneira:

Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata, correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas (Brasil, 1969).

Manteve-se, aliás, a previsão, até então existente, de que, “nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada” (Brasil, 1969).

Também os recursos do subsolo continuaram com a classificação de distinção em relação ao solo, assim como a necessidade de autorização se manteve como condição de exploração, conforme o art. 161.

Art. 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida (Brasil, 1967).

Vale dizer, todavia, que a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituíam monopólio da União (art. 162).

Importante registrar que, pela primeira vez, foi previsto que a função social da propriedade caracteriza um dos princípios da ordem econômica:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da

dignidade humana;
III - função social da propriedade;
IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
V - desenvolvimento econômico;
VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (Brasil, 1967).

3.6 Constituição de 1988 – Constituição Cidadã

Atualmente, o direito de propriedade, enquanto direito constitucional, está previsto em diversos artigos da Constituição. Logo no caput do art. 5º, dispõe-se que será garantido a todos os “brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Adiante, no mesmo artigo, agora no inciso XXII, prevê-se explicitamente que “será garantido o direito de propriedade” (Brasil, 1988). Completando o sentido do inciso XXII, o inciso XXIII impõe que “a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988). A respeito, José Afonso da Silva (2022) entende que a Constituição garante o direito de propriedade, “desde que este atenda a sua função social” e, por isso, “autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184)” (Silva, 2022, p. 272).

O inciso XXV do art. 5º determina que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Além disso, o inciso XXVI prevê que a “pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. Como se vê, é uma forma de salvaguardar a propriedade de populações mais vulneráveis.

O art. 170, que trata dos princípios da ordem econômica, arrola tanto a propriedade privada, além de princípios ínsitos à escolha de um liberalismo econômico, como ainda a defesa da função social da propriedade:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003);
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (Brasil, 1988).

Para José Afonso da Silva, o direito de propriedade, como disposto na Constituição Cidadã,

não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significação, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio (Silva, 2022, p. 273).

Assim como nas demais Constituições alhures apresentadas, o art. 176 da CF/88 prevê que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”. Preenchendo o caput de sentido, o parágrafo 1º dispõe que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras, e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Interessante notar que a Constituição de 1988 ainda disciplina a reforma agrária (art. 184):

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (Brasil, 1988).

Porém, trata-se de situação absolutamente excepcional, sendo certo que a Constituição, ainda assim, estabeleceu como situação defesa a desapropriação da (i) a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e da (ii) a propriedade produtiva (art. 185) (Brasil, 1988).

Ademais, de forma a viabilizar a atividade produtiva, o art. 191 disciplina, como hipótese de usucapião, que

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em

zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (Brasil, 1988).

Por outro lado, a norma do art. 243 estabelece como hipótese de violação à função social a propriedade

onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (Brasil, 1988).

Como se vê, guardadas situações absolutamente excepcionais, a Constituição de 1988 assegura como cláusula pétrea o direito de propriedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguramente, o direito de propriedade representa uma conquista do povo brasileiro cuja origem constitucional remonta à Constituição de 1824, período no qual os ideais liberais povoaram o imaginário do Brasil.

Esse direito, como demonstrado, após ter sido primeiramente previsto na Constituição do Império, encontrou guarida nas demais constituições que sucederam aquela, tendo, na verdade, sua proteção ampliada ao longo dos anos.

A bem da verdade, a propriedade privada encontra raízes sob contexto anterior à própria noção de Estado. Trata-se de um direito intrínseco à ação do indivíduo. Essa ação, como já defendia John Locke durante o século XVII, em seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* (Locke, 1994), faz-se representar pelo trabalho individual, pelo qual se adquire a propriedade, sendo necessário para a preservação da vida, liberdade e da busca pela felicidade. Seria, assim, a propriedade uma extensão da personalidade.

A ideia deste artigo foi traçar um panorama constitucional sobre esse direito, dos mais relevantes, sem dúvida, para o indivíduo humano. Passados 200 (duzentos) anos desde a primeira constituição, percebe-se que a proteção ao direito da propriedade continua a ser um dos pilares da sociedade brasileira. Trata-se de um direito real que, em seu âmago, assegura o direito de usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la de quem a injustamente a detenha. Esse direito somente é mitigado perante o que expressamente estiver proibido pela legislação, não sendo outra a interpretação que se faz à luz da atual Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans; YAMASHITA, Hugo; SACRAMONE, Marcelo. A livre iniciativa econômica na Constituição de 1824. In: NORONHA, Ibsen (org.). *No bicentenário da Constituição de 1824: estudos sobre a formação constitucional do Brasil império*. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2024. p. 234-240.

BRASIL. Ato Intitucional nº 9, de 25 de abril de 1969. Dá nova redação aos parágrafos 1º e 5º e revoga o parágrafo 11 do artigo 157 da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 3.537, 25 abr. 1969.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de

1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 1988, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942*. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964. Altera os artigos 5º, 15, 29, 141, 147 e 156 da

Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, p. 10171, 11 nov. 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-10-9-novembro-1964-364969-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 4 out. 2024.

BRASIL. *Lei Constitucional nº 5, de 1942*. Emenda os artigos 122, 166 e 168 da Constituição. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT005.htm#art1. Acesso em: 4 out. 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2021.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre Governo Civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e o fim do governo civil*. Introdução de JW Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MARCOS, Rui de Figueiredo; NORONHA, Ibsen; MATHIAS, Carlos Fernando. *História do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

VESTING, Thomas. *Teoria do Estado: a transformação do Estado na modernidade*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599244/>. Acesso em: 4 out. 2024.

200
años



POR UMA COMPREENSÃO PROCESSUALIZADA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

FOR A PROCEDURALIZED UNDERSTANDING OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Gabriela Oliveira Freitas¹

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito de Estado Democrático de Direito, buscando demonstrar que o processo é a instituição que viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, a própria conquista da cidadania, que é imprescindível para a concretização do projeto de construção do Estado Democrático de Direito. Assim, desconstrói-se a ideia de que basta o exercício do voto para que seja instalada uma democracia, combatendo, ainda, a ideia de que a Constituição Federal de 1988 tenha promovido uma “redemocratização”. Diante de uma compreensão processual do Estado Democrático de Direito, demonstra-se que não só não houve democracia em qualquer período histórico brasileiro anterior, bem como que a democracia ainda é um projeto em construção.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; processualidade democrática; direitos fundamentais; cidadania.

ABSTRACT

This article analyzes the concept of the Democratic Rule of Law,

¹ Doutora, mestre e especialista em Direito Processual pela PUC Minas, especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas, professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Fumec, professora de cursos de graduação e pós-graduação em Direito, coordenadora-adjunta do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP), pesquisadora do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (Inpej), membra da Associação Brasileira Elas no Processo (Abep), assessora judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: profgabrielafreitas@gmail.com.

seeking to demonstrate that the legal process is the institution that enables the enforcement of fundamental rights and, consequently, the very attainment of citizenship, which is essential for the realization of the project of constructing the Democratic Rule of Law. Thus, it deconstructs the idea that merely exercising the right to vote is sufficient to establish a democracy, while also challenging the notion that the 1988 Federal Constitution promoted a "re-democratization." From a procedural understanding of the Democratic Rule of Law, the article argues that democracy did not exist in any previous historical period in Brazil and that democracy remains an ongoing project under construction.

Keywords: Democratic Rule of Law; democratic procedurality; fundamental rights; citizenship.

1 INTRODUÇÃO

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, findou-se, no Brasil, um longo período ditatorial. O novo texto constitucional, em seu artigo 1º, reconhece o Brasil como Estado Democrático de Direito, o que exige a superação dos antigos modelos de Estado, social e liberal, modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também possibilitando que a atuação do Estado seja limitada, fiscalizada e construída pela vontade popular.

Não é raro encontrar, em diversas obras, a ideia de que teria a Constituição Federal de 1988 ocasionado a redemocratização do Estado brasileiro, o que conduz à interrogação: em que momento histórico anterior foi o Brasil, de fato, uma democracia? Para responder a esse questionamento, tem-se por necessário buscar compreender o conceito de Estado Democrático de Direito, abandonando a frágil ideia de que basta a existência de eleições para que se instale uma democracia, até mesmo porque tal ideia não possibilitaria a democratização

da atividade jurisdicional, limitando-a aos âmbitos em que se elegem agentes públicos.

Assim é que o presente artigo tem por objetivo combater uma expressão reiteradamente utilizada na literatura jurídica brasileira: redemocratização. Para tanto, pretende-se reconstruir o conceito de Estado Democrático de Direito a partir da lógica da processualidade democrática.

Buscar-se-á analisar o conceito de Estado Democrático de Direito, com amparo nos estudos da Escola Mineira de Processo, a partir da teoria processual neoinstitucionalista do direito, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2013), que permitirá construir uma compreensão processualizada desse modelo de Estado. Adota-se tal teoria por ser a única capaz de apresentar um enfrentamento crítico dos graves problemas que impedem a construção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, o conceito de Estado Democrático de Direito, recorrendo-se, em seguida, acerca da noção de cidadania e da imprescindibilidade do processo para a sua efetivação, encerrando-se com a pretendida construção de uma compreensão processualizada do Estado Democrático de Direito.

Para o presente estudo, utilizar-se-ão ainda a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do ponto controvertido ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico, a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA ALÉM DO VOTO

A democracia deve ser compreendida como o governo do povo, o que exige possibilitar a participação popular, conferindo legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, segundo

o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (Brasil, 1988).

Ao apresentar a democracia a partir de uma ideia de governo decorrente da soberania do povo, corre-se o risco de, ingenuamente, acreditar que basta conceder ao povo o direito de voto para que ele possa exercer seu direito de participação no governo, por meio da escolha de representantes de uma maioria. Talvez seja essa a falha que conduza à ideia de que a Constituição de 1988 tenha promovido a “redemocratização” do Brasil.

Desde 1821, ainda na época do Império, já existiam eleições municipais no Brasil e, ao longo da história, passou-se por uma exclusão da participação feminina, além dos chamados “votos de cabresto”, que marcaram a república coronelista. Nesses períodos, embora houvesse direito ao voto, não havia democracia instalada.

Induvidosamente a participação popular é a principal característica de um Estado Democrático. Todavia, essa participação não pode se limitar tão somente à possibilidade de escolher representantes (principalmente se essa escolha não é livre, nem mesmo possibilitada a todos), uma vez que essa forma de participação, além de extremamente limitada, não obsta que os eleitos atuem de forma autoritária. Como aponta André Del Negri, “certos pensadores, todavia, têm feito sérias afirmações ao apontar alguns países como democráticos por existir tão somente eleições” (Del Negri, 2009, p. 164). Roberta Gresta afirma que tal concepção representa uma ideia de democracia liberal, representativa e partidária, em que se “reduz a expressão da Cidadania ativa praticamente ao exercício do voto” (Gresta, 2014, p. 35).

Porém, limitar a democracia ao direito de voto permite perpetuar a crença na soberania das autoridades e na supremacia da vontade da maioria. Assim, o “voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia” (Del Negri, 2009, p. 166).

Como aponta Simone Goyard-Fabre,

é preciso que o princípio majoritário não seja a supremacia absoluta e quase física da maioria sobre a minoria, mas seja acompanhado do direito de existência de uma minoria: do que chamamos direito de oposição (Fabre, 2003, p. 308).

Portanto, tem-se que a instituição de um Estado Democrático de Direito depende da possibilidade de participação contínua e irrestrita do povo, para que se possa exercer oposição e crítica, adotando-se, por isso, neste trabalho, a compreensão desse Estado como “não dogmático” (Leal, 2017, p. 116), conforme apresentado por Rosemiro Pereira Leal em sua Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito. O referido autor afirma que o Estado Democrático é gestado e “atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alíbia ciência dogmática do direito, logo é concebido como Estado não dogmático” (Leal, 2013, p. 3). Assim, o Estado não dogmático é aquele aberto à participação e fiscalização popular, que possibilita a crítica.

Combate-se a figura de um Estado dogmático, uma vez que “a dogmática jurídica deliberadamente promove a blindagem dos fundamentos da produção normativa e interdição da problematização em torno da inconsciência e da aplicação do direito” (Gresta, 2014, p. 3).

Nesse mesmo sentido:

A instituição da democracia teve por objetivo a retirada da autoridade do Estado, transferindo o poder para o povo, o que se dá não só pelo direito ao voto, mas também pela possibilidade de fiscalização dos atos do Estado pelo povo e pelo direito de participar ativamente na construção dos provimentos estatais, sejam eles emanados pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário (Freitas; Freitas, 2015, p. 27).

Sabe-se que, apesar de a Constituição Federal de 1988 dispor, expressamente, que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e

do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito" (Brasil, 1988), não houve, ainda, a plena instituição dos direitos que permitam que seja esse Estado fiscalizável por meio da crítica (direito de oposição). Isso porque os direitos fundamentais elencados no texto constitucional ainda não são plenamente exercidos pela população. E tais direitos são considerados fundamentais justamente porque fundamentam a lógica democrática.

Assim é que "o Estado, ainda sob as vestes dos modelos liberais e sociais do direito, retarda (impede) a efetivação dos direitos fundamentais já plenamente decididos no plano co-instituinte do direito" (Cruz, 2016, p. 1).

Não se pode sequer acreditar que tenha a Constituição de 1988 promovido uma

redemocratização, já que não houve, em momento histórico anterior, qualquer configuração do Brasil como Estado Democrático, ante a ausência de procedimentos que permitam a efetiva participação do povo nas decisões públicas. Ademais, a Constituição nem mesmo instalou, de forma plena, uma democracia, mas apresentou um projeto de construção deste Estado Democrático de Direito, o que deve incluir o imprescindível rompimento com a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais e com a superação do paradigma do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, 'com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo' (Leal, 2018, p. 55).

Portanto, tem-se por extremamente necessário compreender o que seja o Estado Democrático de Direito, evitando que esse seja apenas um discurso demagogo utilizado para convencer o povo de que é necessário reconhecer como legítimas a força e a contínua violência do Estado. Para tanto, apresenta-se uma compreensão processualizada desse Estado, a fim de demonstrar que, somente por meio do processo, é possível implementar, de fato, a cidadania e, por consequência, viabilizar a construção do Estado Democrático de Direito.

3 O PROCESSO COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

Ainda persiste uma limitação da literatura jurídica brasileira que insiste em confundir processo e procedimento,

ainda tratando o Direito Processual como um mero estudo de procedimentos utilizados no âmbito judicial.

Todavia, de uma cuidadosa análise do texto da Constituição Federal e do discurso nela contido, pode-se perceber que, para que seja possível a implementação de um Estado Democrático de Direito, o Direito Processual foi alçado à condição de garantia fundamental.

Induidoso que a Constituição deve não somente tutelar determinados direitos humanos, mas também inserir, em seu texto, garantias para que esses direitos possam ser amplamente exercidos, ou seja, a mera previsão de direitos humanos é insuficiente para assegurar “a efetividade do livre exercício de tais direitos”, exigindo-se que o ordenamento jurídico também crie garantias que os tornem eficazes (Baracho, 2006, p. 56).

Conforme o ensinamento de José Cirilo Vargas, a mera previsão e proclamação dos direitos é insuficiente, uma vez que é preciso “dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los”, de modo a “afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória” (Vargas, 1992, p. 50).

No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que “de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional” (Brêtas, 2015, p. 91). E esclarece o referido autor:

Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso de poder ou de arbítrio provenientes do Estado, no

exercício de suas funções, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao princípio do Estado Democrático de Direito, qualificado como Estado de Direitos Fundamentais [...] (Brêtas, 2015, p. 89).

O mencionado bloco de salvaguarda, apontado por Ronaldo Brêtas, consiste nas garantias de natureza processual inseridos no texto constitucional, juntamente com os direitos fundamentais, notadamente a ampla defesa, o contraditório e a isonomia.

Desse modo, tem-se que o devido processo é a garantia constitucional que deve direcionar os estudos sobre o processo democrático, sendo seu principal alicerce, tendo em vista que somente é possível conceber processo democrático mediante a sua devida observância, por ser a garantia que permite a democratização dos provimentos estatais, pela ampla participação das partes interessadas.

Diante disso, o processo permite a efetivação dos direitos fundamentais, sendo essencial que esses direitos sejam fundantes da sociedade e fundamento da lógica democrática, para que se alcance a cidadania. Ou seja, é o processo o instituto que viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, a própria conquista da cidadania, que é imprescindível para a concretização do projeto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

[...] o processo se apresenta como conquista da cidadania, apoiado em princípios e institutos que a viabilize, encontrando sua feição de garantia na própria Constituição, daí ultrapassando os limites do arquétipo que até então o circunscrevia às lindes do judiciário (Lôbo; Ommati, 2019, p. 47).

A Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito concebe o processo como “instituição jurídico-linguística autocrítica de criação, atuação, modificação e extinção de direitos e deveres (de lege lata e de lege ferenda), compondo-

se dos institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia" (Leal, 2018, p. 61). Assim, o processo não se resume a mero procedimento jurisdicional, mas compreende toda a construção, reconstrução e desconstrução do próprio direito, o que exige a possibilidade de participação isonômica dos interessados, ou seja, do povo. Por isso, deve ser compreendido nos níveis constituinte, instituinte e instituído (Leal, 2018).

Por tal motivo é que em um Estado Democrático de Direito somente é possível pensar em cidadania diante da participação contínua e irrestrita do povo, o que somente ocorre se efetivados seus direitos fundamentais. Ou seja,

a construção da processualidade democrática tem por premissa a possibilidade de enunciação livre de interesses, especialmente quando diz respeito ao exercício de direitos fundamentais expressamente trazidos pela Constituição da República (Souza; Ribeiro; Freitas, 2020, p. 130).

Tem-se que, "diferentemente da forma como abordada pela dogmática jurídica, em que a cidadania se subjugava ao Estado, numa abordagem democrática, a cidadania deve ser compreendida no mesmo nível hierárquico do Estado" (Souza; Ribeiro; Freitas, 2020, p. 129). Assim é que, em um contexto democrático, não cabe ao Estado conceder a cidadania, mas é o próprio exercício da cidadania que permitirá a construção do Estado.

Assim;

(1) a Cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na Constituição; (2) o ordenamento jurídico não é uma doação do Estado, mas objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões (legislativas, administrativas e judiciais); e (3) o cidadão não é mero destinatário da tutela estatal, pois participa dessas decisões como condutor (Gresta, 2014, p. 9).

Exige-se, assim, que o cidadão possa participar das decisões estatais, de forma isonômica e irrestrita, o que não se limita a uma abordagem da isonomia como um direito de igual tratamento dos sujeitos ou até mesmo de igual direito de participação. Conforme Leal, "isonomia é princípio-norma que rege a atuação dos sujeitos do processo quanto à igualdade argumentativa na formação do discurso estrutural do procedimento de produção e aplicação do direito" (Leal, 2005, p. 81).

Também se exige, na lógica da processualidade democrática, que haja contraditório, uma vez que é o que permite o exercício do direito à crítica e oposição aos atos dos quais o povo é o destinatário, possibilitando, assim, o próprio direito à vida, já que "humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar" (Leal, 2018, p. 117).

Também na construção da cidadania, "a ampla defesa atua na efetivação do Estado Democrático como exercício pelo cidadão da liberdade de argumentar em tempo e modo pleno (procedimental exauriente) como forma de defender seus direitos" (Cruz, 2016, p. 39).

Diante dessa concepção de cidadania é que se compreende que essa somente é alcançada, no Estado Democrático de Direito, pelo processo e de seus princípios institutivos, quais sejam contraditório, ampla defesa e isonomia.

4 COMPREENSÃO PROCESSUALIZADA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em razão da instituição do paradigma de Estado Democrático de Direito, o processo, seja ele legislativo, administrativo ou jurisdicional, deve ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo necessário, para tanto, romper com as teorias do processo que o tratam como um instrumento de poder do Estado, sendo necessário atribuir poderes ao povo.

Não se pode ignorar que, conforme previsto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, "todo o poder emana

do povo" (Brasil, 1988). Assim, a construção desse Estado Democrático de Direito depende de instituições que permitam a participação popular.

Como afirma Popper, adotar o princípio democrático exige a presença de "salvaguardas institucionais bem testadas" e razoavelmente eficazes para combater uma possível tirania, "sempre passíveis de aperfeiçoamento e até capazes de fornecer métodos para o próprio aprimoramento" (Popper, 2010, p. 316).

No mesmo sentido, alega Chantal Mouffe que "indivíduos da democracia só serão possíveis com a multiplicação de instituições, discursos, formas de vida que fomentem a identificação com valores democráticos" (Mouffe, 2005, p. 172).

O que aqui se apresenta é que a principal instituição capaz de permitir a construção do Estado Democrático de Direito é o processo, por ser a via pela qual se exerce o "direito fundamental ao exercício irrestrito à refutabilidade argumentativa" (Leal, 2017, p. 251), permitindo a "autoinclusão numa comunidade jurídica para fruir e praticar direitos por esta instituídos coinstitucionalmente" (Leal, 2018, p. 120). Se necessários contraditório, isonomia e ampla defesa para a construção da cidadania, tem-se por inevitável concluir que a construção de uma sociedade democrática depende do processo.

Como já dito, o Estado Democrático deve ser compreendido como não dogmático, ou seja, aberto à irrestrita participação e fiscalização popular, propiciando a "testificação teorizada do sistema jurídico (controle de democraticidade)" (Leal, 2017, p. 67). Tal possibilidade de participação ocorre por meio do processo e de seus princípios institutivos (e autocríticos) do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Conforme esclarece Roberta Gresta:

[...] coloca-se como requisito da construção da sociedade democrática a existência e garantia de um espaço institucionalizado, prévia e teoricamente demarcado pelos princípios institutivos do processo, onde os cidadãos exercem prerrogativas constitucionais de autoinclusão nos di-

reitos fundamentais e de ampla fiscalidade dos atos estatais, em igualdade interpretativa com o Estado perante a lei (Gresta, 2014, p. 200).

Não se pode conceber que exista cidadania quando há exclusão do povo da participação da construção dos provimentos estatais, sob pena de se instaurar um verdadeiro estado de exceção, “um projeto de sociedade que inclui pela exclusão” (Gresta, 2019, p. 162). Essa autoinclusão é viabilizada pelo processo.

Nesse sentido, afirma Rosemiro Pereira Leal que o povo deve ser:

[...] legitimado ao processo (instituição linguístico-jurídica) de fundação e autoinclusão numa comunidade jurídica para fruir e praticar direitos por esta instituídos co-institucionalmente (constitucionalmente) a partir da criação dos direitos, pelo processo, nos níveis instituinte, constituinte e constituído (Leal, 2017, p. 69).

Assim, é de se compreender que o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado absolutista e social, rechaçando, por consequência, a figura das autoridades públicas como seres magnânimos e iluminados.

Conforme Clenderson Cruz, “o caráter democrático desse Estado é legitimado pelo devido processo, de forma que ao processo compete a construção desse Estado pela participação processualizada de todos” (Cruz, 2016, p. 36).

Esclarece-se, portanto, que a Constituição de 1988 não instituiu plenamente um Estado Democrático de Direito, mas o colocou como conquista teórica e paradigma para a construção da sociedade democrática, instituindo direitos fundamentais, líquidos, certos e exigíveis, que permitiram a autoinclusão do povo que, por meio do processo, possibilitará a continuidade do projeto de construção desse Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se, neste artigo, que o Estado Democrático de Direito ainda é um projeto em construção, o qual somente se viabiliza pela via do processo, afastando-se a ideia de que basta o direito ao voto para implementar a cidadania e a democracia. É o processo o instituto que viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, a própria conquista da cidadania.

O processo consiste em instituição que permite a autoinclusão do povo na comunidade jurídica, efetivando os direitos fundamentais e permitindo a contínua e irrestrita participação popular, mediante o exercício da ampla defesa, do contraditório e da isonomia na construção dos provimentos dos quais é o próprio povo o destinatário.

A cidadania, compreendida como autoinclusão do povo na comunidade jurídica, é viabilizada por meio do processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), que não mais se limita aos procedimentos jurisdicionais. Esse processo é apresentado como uma instituição linguístico-jurídica, que enseja a possibilidade argumentativa por uma lógica crítica, para produção, atuação, alteração ou extinção das leis e consiste na instituição capaz de permitir a construção do Estado Democrático de Direito.

Propõe-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, deve-se buscar uma compreensão processualizada do Estado Democrático de Direito, uma vez que esse somente será construído por meio do processo. Diante disso, a atual Constituição não promoveu a “redemocratização” do Brasil, mas a inauguração de um projeto democrático, jamais antes ocorrido neste país.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º nov. 2024.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CRUZ, Clenderson. *A ampla defesa na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FABRE, Simone Goyard. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia do direito ibero-americano. *Conpedi Law Review*, v. 1, p. 26-48, 2015.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LÔBO, Edilene; OMMATI, José Emílio Medauar. A polissemia de conceitos e (a falta de) uma teoria democrática para o processo eleitoral brasileiro. In: LÔBO, Edilene; OMMATI, José Emílio Medauar. *Processo eleitoral e estado de direito: diálogos sobre democracia e política*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 11-23, 2005.

POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

SOUZA, Zaphia Boroni; RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Análise crítica dos processos estruturais na perspectiva da processualidade democrática. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, n. 3, v. 15, p. 124-139, set./dez. 2020.

VARGAS, José Cirilo. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

200
años



A PARTICIPAÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELA CONSENSUALIDADE

THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PARTICIPATION IN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PURSUIT OF CONSENSUS

Gina Chaves¹
Saulo Versiani Penna²

RESUMO

Este trabalho visa a discutir a atuação consensual da Administração Pública sob a ótica da juridicidade, como uma maneira de ampliar a participação cidadã e, conseqüentemente, proteger os direitos fundamentais. No novo modelo de gestão pública constitucionalizada, a Administração Pública torna-se um espaço no qual os diversos interesses públicos do Estado pluriclasse são expostos em busca de consensualidade. Dessa forma, o ato administrativo, que antes era o centro do Direito Administrativo, cede lugar ao procedimento administrativo, agora reconhecido como o instrumento mais adequado para a busca do consenso.

Palavras-chave: Direito Administrativo; participação democrática na Administração Pública; procedimento administrativo; interesses públicos; consenso.

ABSTRACT

This work aims to discuss the consensual role of Public Administration from the perspective of legality, as a means

¹ Mestre em Direito e assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: ginamchaves@hotmail.com.

² Mestre e doutor em Direito, desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF). E-mail: saulo@tjmg.jus.br.

to broaden citizen participation and, consequently, protect fundamental rights. In the new model of constitutionalized public management, Public Administration becomes a space where the diverse public interests of the plural-class State are presented in the pursuit of consensus. Thus, the administrative act, which was previously the core of Administrative Law, gives way to the administrative procedure, now recognized as the most appropriate instrument for achieving consensus.

Keywords: Administrative Law; democratic participation in Public Administration; administrative procedure; public interests; consensus.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a participação democrática na Administração Pública e a busca pela consensualidade, com destaque para o papel do procedimento administrativo como seu instrumento central. O problema abordado reside na necessidade de ampliar a participação do cidadão na Administração Pública, de modo a proteger os direitos fundamentais e construir decisões de forma consensual, com a finalidade de equilibrar o tradicional poder de império do Estado com a democratização e a transparência.

Inicialmente, são discutidos os conceitos de democracia e participação, essenciais para a compreensão da atuação estatal contemporânea. A democracia, na atualidade, não se contenta apenas com a representatividade, mas passa a exigir a participação direta dos cidadãos na tomada de decisões administrativas. Essa abordagem processual da democracia implica a implementação de mecanismos que promovam a efetividade dos princípios fundamentais, especialmente no contexto da Administração Pública, agora caracterizada por uma atuação plural e integrada.

Em seguida, é explorado o papel do procedimento administrativo como ferramenta para viabilizar a participação do cidadão. Com o avanço do constitucionalismo e a necessidade de legitimação das decisões administrativas, o foco passou do ato administrativo para o procedimento, permitindo que as decisões sejam construídas de forma colaborativa e com maior envolvimento dos interessados. Essa mudança de paradigma estabelece o procedimento administrativo como um meio de concretização dos direitos fundamentais e da participação democrática.

Outro ponto relevante do artigo é o exame do interesse público como dimensão material da democracia administrativa. O procedimento administrativo surge como instrumento capaz de identificar e ponderar os diversos interesses públicos, que muitas vezes se contrapõem. Dessa forma, a Administração Pública se apresenta como uma arena de diálogo, buscando a máxima realização dos interesses envolvidos e contribuindo para a legitimação das suas ações.

Por fim, o artigo aborda a consensualidade na Administração Pública, uma perspectiva que se distancia do tradicional modelo autoritário e unilateral do Direito Administrativo. A consensualidade promove a negociação e o ajuste entre Administração e cidadãos, visando a uma atuação mais eficiente e harmônica com os interesses sociais. Embora existam críticas e riscos, como o comprometimento da eficiência administrativa, as vantagens da participação consensual são evidentes, especialmente na promoção da transparência e na criação de espaços de negociação.

2 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que seja possível explorar a participação democrática na Administração Pública como forma de proteção ao interesse público e busca pela consensualidade, é preciso, antes, que se conceitue “democracia” e “participação”, sem o que não se poderia, com êxito, propor essa reflexão.

Independentemente da função estatal que se analise, na atualidade, não é possível dissociar seu exercício legítimo do paradigma do Estado Democrático e seus consectários, como o devido processo legal e a participação (Penna, 2011, p. 43).

Na Antiguidade Clássica, a palavra “democracia” era vista como uma forma corrompida do governo de muitos, conforme a concebia Aristóteles, até que o historiador Políbio, no século II a. C., a indicou como “a forma boa de governo popular, reservando o termo ‘oclocracia’ (oclos significa multidão, plebe, aqui com conotação pejorativa) para designar a sua forma degenerada” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1997, p. 56).

O professor Augusto César Leite de Carvalho cita Bobbio, ao criticar que o termo “democracia” se preocupa mais em definir “como se deve chegar à decisão política” do que propriamente com “o que decidir”:

Essa sua expressão formal, que tem livre curso no Estado liberal, permite que se tenha por democrática qualquer decisão política que observe, na sua formulação, as *regras do jogo* (eleição direta para membros do órgão político máximo, com função legislativa; voto igual e universal; regra da maioria, sem limitação aos direitos das minorias, etc.), ou seja, segundo Bobbio, procedimentos que estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo (Carvalho, 2017, p. 23).

Portanto, a palavra “democracia” estaria essencialmente associada à formação do governo, aos procedimentos pelos quais as decisões seriam tomadas e ao eventual grau de controle dos cidadãos sobre seus líderes, com a existência das várias teorias democráticas e não apenas uma (Dahl, 2001).

Entretanto, na contemporaneidade, não se pode conceber democracia dissociada da ideia de participação popular, não apenas na eleição de seus representantes, mas também, e sobretudo, no procedimento de construção das decisões:

Portanto, a democracia, nessa nova visão (participativa), tem natureza processual, que reclama, para a sua afirmação, além de base teórica fundada no respeito aos ideais contidos na Constituição, a implementação, na prática, por intermédio de procedimentos que efetivem os princípios fundamentais (Penna, 2011, p. 56).

Esses desdobramentos são advindos do Segundo Pós-Guerra, com o desenvolvimento do constitucionalismo e sua influência natural na transformação do Direito Administrativo. Sob esse influxo de constitucionalização, “as formas tradicionais de legitimação democrática – restritas à representação política através do parlamento e da chefia do Executivo – tornaram-se insuficientes” (Baptista, 2003, p. 29):

Nas últimas décadas do século XX, a insuficiência das fórmulas tradicionais da democracia representativa e a necessidade de revalorização do indivíduo como figura central da vida do Estado impulsionaram o desenvolvimento de uma nova dimensão do fenômeno participativo na sociedade contemporânea. Hoje, ao lado das construções clássicas da participação política e da participação social, já é possível reconhecer a existência de uma verdadeira teoria da participação administrativa (Baptista, 2003, p. 120).

É nesse contexto que surge a expressão “democracia administrativa”, entendida como o direito do administrado de participar da construção do atuar administrativo, “exercer influência em processos nos quais ele é afetado”, em uma verdadeira mudança de perspectiva sobre o papel da Administração Pública em prol da “concretização dos direitos fundamentais” (Baptista, 2003, p. 131). Esse direito de participação nas decisões administrativas constitui, então, expressão máxima do sentido de democracia, insculpido em nossa Carta Magna no parágrafo único do art. 1º, que diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, [2024]).

Logo, a ampliação dos mecanismos de participação democrática direta não implica apenas uma reformulação da ideia de democracia, mas também a redefinição das práticas administrativas, que devem se adequar aos preceitos de uma governança que respeite a autonomia e o papel ativo do cidadão. Essa participação direta confere ao administrado uma posição diferenciada no sistema jurídico, ao deixar de ser um mero destinatário das decisões e se tornar sujeito ativo na construção da vontade pública.

Segundo Clève, a ampliação dos mecanismos de democracia direta proporciona a figura do “cidadão propriamente participante”:

A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o legislativo e para o executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência, que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal (Clève, 1990, p. 82-83).

E, não obstante algumas críticas relacionadas ao “risco de comprometimento da eficiência” “e de substituição do parâmetro objetivo da legalidade pelos critérios subjetivos da participação” (Baptista, 2003, p. 300-302), a doutrina entende que a democracia administrativa apresenta aspectos extremamente positivos – (i) maior publicidade e transparência; (ii) conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos públicos; e

(iii) “a criação de espaços de efetiva negociação, nos quais as decisões administrativas são tomadas, não somente a partir da perspectiva da ponderação ou da harmonização dos interesses envolvidos, mas também sob a ótica da reciprocidade de concessões” (Oliveira, 2017, p. 146). Esses benefícios são fundamentais para assegurar uma administração pública inclusiva e próxima dos cidadãos, ao promover mais transparência e fornecer informações de qualidade sobre as decisões, bem como contribuir para um ambiente em que a confiança no governo é fortalecida e a participação cidadã se torna uma prática constante e efetiva.

Assim, é possível notar que a inclusão do cidadão no processo administrativo reflete a transformação do Estado em um verdadeiro promotor dos direitos fundamentais (Binenbojm, 2006; Sarlet, 2009; Alexy, 2008). Essa transição requer não apenas mudanças normativas, mas também a internalização de uma cultura democrática pelos agentes públicos, que devem atuar como facilitadores do envolvimento cidadão, reconhecendo-o como parte fundamental do processo decisório.

Essa participação possui, por óbvio, uma dimensão formal — instrumento pelo qual o cidadão intervém na formação da vontade pública — e outra material que diz respeito à própria caracterização dessa vontade.

Na dimensão formal, o procedimento administrativo surge como o novo centro do Direito Administrativo e o meio que permite a construção colaborativa e a legitimação das decisões administrativas, em respeito aos múltiplos interesses presentes na sociedade.

2.1 O procedimento administrativo como instrumento de participação na construção da vontade administrativa

A partir de meados do século XX, início do período pós-Segunda Guerra Mundial, a influência do Direito Constitucional retirou a supervalorização da Administração e deslocou a

atenção para o ordenamento jurídico, que tem seu ápice na Constituição (Andrade, 2010, p. 164). Érico Andrade (2010, p. 168) sustenta que “o segundo pós-guerra muda incisivamente o papel do Estado, que passou a assumir novas funções, novas tarefas” que “levam à efetiva pluralização da Administração, aberta a novas formas de atuação, diversas do seu anterior estágio monolítico e unitário, o que resulta em desagregação cada vez maior, perdendo a antiga unidade”.

O Estado, “ao invés de simples regulador e curador da ordem pública”, “passa a atuar diretamente para fornecer prestações para o cidadão” (Andrade, 2010, p. 173), razão pela qual a dogmática liberal-clássica, no Estado Social, não é suficiente a regular esse novo tipo de atuar administrativo.

A mudança paradigmática do pós-guerra, que deslocou a centralidade da atuação estatal para o ordenamento jurídico e consolidou o papel da Constituição como baliza do agir público, foi crucial para que o Direito Administrativo se reformulasse e permitisse uma maior participação popular. Esse novo enfoque constitucional não apenas reposiciona a Administração Pública em relação ao cidadão, mas também promove a abertura de espaços institucionais nos quais a participação popular possa ocorrer de forma contínua e substancial. Assim, o procedimento administrativo passa a ser um importante veículo de democratização da atuação estatal, permitindo que a vontade administrativa seja construída de modo colaborativo.

Dessa forma, o ato, antes centro do Direito Administrativo, estrela da Administração no estágio monolítico e unitário, cede lugar ao procedimento, em uma reconfiguração do poder administrativo, que passa a se legitimar a partir da interação e do diálogo com os cidadãos. O procedimento não apenas organiza as etapas para que uma decisão seja tomada, mas cria mecanismos pelos quais os administrados podem influenciar diretamente os resultados, oferecendo um caminho mais legítimo e transparente para o exercício do poder.

Para Moreira (2010, p. 293), “o desenvolvimento do direito administrativo, coincidindo com o atomicismo racionalista,

deu-se em torno do 'ato administrativo', como sua estrutura fundamental", modelo que, posteriormente, cedeu "espaço ao de administração processualizada, ativa, democrática (participativa), horizontal, pactuada ou concertada, cujas políticas, atividades, atos e omissões realizam-se por meio de processos".

Esse processo de "desmonolitização" da Administração tem profundas implicações para a prática administrativa. Ao tornar o procedimento administrativo a peça central do processo decisório, a Administração reconhece a importância da pluralidade de vozes e dos diferentes interesses presentes na sociedade. Dessa forma, o procedimento torna-se um canal pelo qual os administrados têm a oportunidade de participar efetivamente na definição das políticas públicas e no direcionamento das ações administrativas, garantindo uma maior representatividade e adequação das decisões ao contexto social.

Como afirma Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, no prefácio de sua obra *Em busca do acto administrativo perdido*:

[...] a noção clássica de acto administrativo foi elaborada em função de um modelo de Administração (meramente) agressiva, que era o do Estado Liberal, que já não existe mais — e que se refletia num conceito de natureza autoritária, que não pode deixar de estar desatualizado. Como também porque o acto administrativo, em nossos dias, perdeu o seu papel de protagonista exclusivo do relacionamento dos indivíduos com a Administração, para passar a ter de partilhar essa posição com outras formas de actuação, que se tornaram cada vez mais habituais (v. g. regulamentos, contratos, actividades de carácter técnico); ao mesmo tempo que esse conceito de acto necessitava ainda de ser integrado e entendido no quadro mais amplo de figuras como a relação jurídica administrativa ou o procedimento, sob pena de não conseguir explicar a integridade dos vínculos jurídicos que actualmente se estabelecem entre os indivíduos e as autoridades administrativas. Ao que acresce, na nossa ordem jurídica, o desafio colocado pelo legislador constituinte no sentido de obrigar à reconstrução da noção de acto administrativo, ao afastar (ex-

pressa e intencionalmente) as clássicas características da definitividade e da executoriedade do domínio da recorribilidade (Silva, 2003, p. 5).

O procedimento administrativo passa a ser visto, nessa conjuntura, como alternativa ao ato administrativo, em “uma paradoxal inversão de posições” (Silva, 2003, p. 302), pois, se, antes, o procedimento era um dos caminhos para se chegar ao ato, agora, o ato administrativo é mero elemento formador do procedimento:

O procedimento deixa, pois, de ser visto em função do acto final, para passar a ser considerado em si mesmo, enquanto manifestação mais genuína e específica da actividade administrativa. É ele que regula o actuar administrativo anterior e posterior à decisão final, e que está presente tanto na actividade unilateral como na actividade de direito privado da Administração (Silva, 2003, p. 306).

Essa visão do procedimento administrativo também contribui para aumentar a confiança dos cidadãos na Administração Pública, ao criar uma relação mais transparente e previsível, em que o cidadão pode acompanhar cada etapa, compreender as razões e os fundamentos das decisões e, também, contribuir com informações ou até contestar posicionamentos administrativos.

O procedimento administrativo e a abertura para uma Administração consensual e partilhada permitem, então, que a atuação do cidadão nos negócios estatais seja viabilizada, agora não mais em clima de oposição, mas sim de efetiva participação (Andrade, 2010, p. 179). A ideia aqui não é apenas que o cidadão seja ouvido, mas que sua voz tenha um impacto real sobre as decisões tomadas pela Administração. Essa postura quebra o paradigma da Administração Pública como uma figura autoritária e distante, trazendo-a para um papel de colaboradora e facilitadora dos direitos e interesses sociais.

É assim que a teoria italiana³, ao deslocar o centro de gravidade da atividade administrativa do ato para o procedimento, mostra-se como importante “estrutura de ligação entre vários sujeitos, públicos e privados”, pois defende que nenhuma decisão “se esgota num único acto” (Silva, 2003, p. 303).

Essa nova perspectiva rechaça a afirmação de superioridade legal ou moral da atividade administrativa na realização dos fins públicos, pois aloca em igual posição o cidadão e as autoridades administrativas, sobretudo porque a Constituição da República de 1988 afasta a noção do cidadão como administrado ou como objeto do poder, para trazê-lo como sujeito de direito (Silva, 2003, p. 206-207):

É certo que, como aponta Sabino Cassese, cidadão e Administração Pública são dois polos em contínua tensão e busca de equilíbrio. Todavia, o acento atual, repita-se, não se coloca mais, como no passado, sobre a autoridade, que perde evidentemente terreno na Constituição, mas nos direitos do cidadão, de modo a equilibrar as posições da Administração e do cidadão, ou seja, colocá-los em idêntico patamar jurídico. Não se trata, pois, de sobrepor o cidadão à administração, mas sim de equilibrar, igualar, as posições — antes desequilibradas pela doutrina administrativa tradicional em prol da autoridade —, seja no âmbito da atuação administrativa consensual, seja no âmbito daquela autoritária (Andrade, 2010, p. 356-357).

Ao tratar da posição jurídica do cidadão, na Constituição Portuguesa, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva ressalta que se relacionam, “de igual para igual”, com as autoridades administrativas, veja-se:

³ Lembre-se de que as teorias da Relação Jurídica e do Procedimento, erigidas ao *status* de novo centro do Direito Administrativo, foram desenvolvidas, respectivamente, pelas escolas jurídicas alemã e italiana. Essas teorias buscam abordar uma alternativa ao ato administrativo, que, na Administração Pública atual, perde cada vez mais espaço para a consensualidade. Para maior aprofundamento sobre o tema, indica-se, mais uma vez, a leitura da obra de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: *Em busca do acto administrativo perdido*.

O cidadão e as autoridades administrativas são, em face da Constituição, sujeitos de direito autônomos, em identidade de posições de base, e que se relacionam juridicamente “de igual para igual”. A Constituição afasta, sem qualquer sombra de dúvida, o entendimento do cidadão como “administrado”, ou como “objecto” do poder, quer na versão “pura e dura” de submissão fáctica ao poder administrativo, quer na visão “adocicada” de subalternização jurídica da posição do particular, da teoria da “relação de poder”. A Constituição portuguesa consagra, portanto, a relação jurídica administrativa como modelo para o estabelecimento de ligações entre a Administração e o particular (Silva, 2003, p. 207).

Por isso, a burocracia do Direito Administrativo é abandonada em prol de uma atuação gerencial dos negócios públicos, na qual acordos são desejáveis para encontrar soluções mais rápidas e consentâneas ao interesse público, tendo o procedimento como instrumento adequado à ampla participação democrática na construção da vontade administrativa.

Essa estrutura participativa redefine a própria ideia de autoridade dentro do Direito Administrativo, não mais centrada exclusivamente em hierarquia ou no poder de comando, mas a partir de um consenso legítimo e de uma cooperação mútua entre Administração e cidadão. É uma nova ótica em que a verdadeira força da Administração vem não de sua capacidade de impor, mas de sua habilidade de construir coletivamente, de negociar e de se adaptar às demandas sociais em constante mudança.

2.2 O interesse público como dimensão material da democracia administrativa

Em sua dimensão material, a participação democrática na Administração Pública diz respeito à própria caracterização da vontade administrativa, traduzida na identificação do interesse público. Conceituar interesse público, todavia, é tarefa complexa e demandaria um estudo aprofundado para o qual não se propõe

este trabalho, que se limitará a abordar sua identificação como dimensão material da democracia administrativa, num Estado pluriclasse que traz em si uma diversidade de interesses constitucionalizados e fundamentalizados que, por vezes, entram em conflito e encontram no procedimento administrativo o instrumento adequado de expressão (Andrade, 2010).

É então por intermédio do procedimento administrativo que o cidadão pode influenciar a caracterização da vontade administrativa, traduzida na escolha circunstancial de implementação de determinado interesse público. Aliás, o procedimento permite tanto a construção consensual das decisões administrativas como também que a Administração Pública realize a ponderação entre os vários interesses igualmente públicos e constitucionalizados apresentados, em busca da “máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa” (Baptista, 2003, p. 204).

Como descreve Alice González Borges:

Na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variada, deparamos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos de proteção, porém que assumem diferentes dimensões. Temos, por exemplo, interesses individuais também públicos, no mais elevado grau possível, porque correspondentes a direitos fundamentais; temos interesses transindividuais, coletivos e difusos, que frequentemente entram em conflito entre si (Borges, 2011).

Portanto, a Administração Pública precisa adotar uma postura dinâmica e flexível na identificação e priorização dos interesses públicos, levando em consideração não apenas a legislação vigente, mas também as demandas emergentes da sociedade. A realização dos interesses públicos requer uma visão abrangente que contemple o impacto das decisões sobre diferentes grupos, e o procedimento administrativo oferece a transparência e a legitimidade necessárias para esse processo.

A Administração Pública se apresenta, então, como espaço de construção democrática e arena de diálogo entre os vários interesses em conflito, públicos ou privados, que, por vezes, são convergentes e podem ser “reciprocamente identificáveis” (Carvalho, 2008, p. 67).

Destaca-se, dessa forma, que “não pode o direito administrativo ser visto como barreira ou impedimento para, protegendo o poder estatal, deixar o cidadão a descoberto da tutela jurisdicional”, ou seja, “não pode ser lido em desfavor do cidadão” (Andrade, 2010, p. 356), já que, conforme amplamente discutido, deve conferir efetividade à Constituição para propiciar um atuar administrativo em prol dos direitos do cidadão.

É nesse sentido que, “em um Estado Democrático de Direito, o conceito de interesse público somente se esclarece completamente se redefinido a partir do compromisso da Administração Pública em realizar direitos fundamentais” (Carvalho, 2007):

Dessa forma, imperioso a reformulação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em direção a uma Administração Pública democratizada e condizente à ideia de Juridicidade, sobretudo porque, no Estado Constitucional de Direito, a atividade administrativa deve ser conduzida rumo aos verdadeiros interesses públicos, que devem ser interpretados sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais (Chaves; Andrade, 2015, p. 424).

A interpretação do interesse público deve, portanto, estar atrelada à proteção dos direitos fundamentais e à promoção de valores democráticos. Para além da simples eficiência administrativa, a legitimação das ações do Estado depende de sua capacidade de refletir e atender às necessidades dos diversos segmentos da sociedade, respeitando sua complexidade e diversidade.

3 A CONSENSUALIDADE⁴ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A negociação ou o ajuste entre Administração e administrados não fazia parte da dogmática inicial do Direito Administrativo, que rejeitava qualquer iniciativa consensual, numa atuação “unilateral e instrumentalizada por atos” (Baptista, 2003, p. 262).

Como ensina Patrícia Baptista:

Tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados. A construção dessa disciplina jurídica operou-se impregnada pela crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade, naturalmente subordinados. Não raro, por isso, eram tais interesses qualificados indiscriminadamente, de forma pejorativa, como interesses corporativos ou categorizados. Porém, na vigência do modelo de Estado liberal, reconheceu-se que, em determinadas situações, era necessário e útil à Administração Pública recorrer à forma contratual para realizar algumas de suas funções. Tal circunstância não permitiu, de imediato, a aceitação de uma categoria contratual no direito administrativo. Pelo contrário, a doutrina — particularmente a francesa — logo tratou de enquadrar esses contratos celebrados pela Administração como atos de gestão, submetidos, então, ao regime de direito privado. Tal concepção prevaleceu até o desenvolvimento da teoria do serviço público, quando se iniciou o

⁴ O fenômeno da Administração Pública que passa a agir de modo ajustado com os indivíduos e a sociedade tem recebido da doutrina vários apelidos: consensualidade, *concertation*, administração concertada, *soft administration*. Essas expressões, no entanto, não divergem substancialmente quanto ao seu conteúdo. Em princípio, todas podem ser empregadas indistintamente para a representação do mesmo fenômeno. *Consenso* quer dizer acordo, concordância de opiniões, harmonização. Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o direito administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de elaboração em comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima de concerto (Baptista, 2003, p. 271-272).

A abertura para o caminho do consenso só ocorreu no início dos anos 1970, quando o Estado se deu conta de que não conseguiria “se desincumbir a contento das muitas tarefas absorvidas”, o que demandou “o desenvolvimento de novas formas de concretização das relações administrativas”, sendo que “uma das características mais marcantes do Estado contemporâneo é a colaboração entre o público e o privado” (Baptista, 2003, p. 264-265).

A adoção da consensualidade na Administração Pública não foi um processo automático, mas um reflexo da transformação do papel do Estado, que passou de um regulador rígido a um facilitador e mediador dos interesses públicos e privados. O modelo de Estado contemporâneo reconhece a impossibilidade de uma atuação solitária e impõe a necessidade de cooperação entre as esferas pública e privada como um caminho para uma administração mais eficiente e legítima. Essa colaboração envolve, muitas vezes, o reconhecimento da importância do setor privado como parceiro na prestação de serviços de interesse público, o que só pode ser alcançado por meio de mecanismos consensuais.

Patrícia Baptista (2003, p. 266) afirma que não é, portanto, por acaso que as ideias de participação administrativa e consensualidade se desenvolveram quase que simultaneamente, pois “são os canais de participação, sobretudo aqueles providos pela abertura procedimental, que tornaram possível a superação negociada dos conflitos de interesses”.

Os “vários interesses públicos [...] para serem corretamente atuados pela Administração, exigem a substituição da atividade unilateral pela via consensual e paritária, num contexto de participação do cidadão” (Andrade, 2010, p. 205).

Dessa forma, a Administração passa a ser vista como um espaço de construção dialógica em que o poder de império

perde cada vez mais espaço em detrimento da consensualidade, sendo o procedimento administrativo, como dito, importante ferramenta para a ampliação da participação popular nas decisões administrativas.

Essa abertura para a consensualidade e para a participação no Direito Administrativo também representa uma aproximação com o direito privado, em “mais um nítido sinal de que a atividade autoritária do Estado [...], vai se tornando cada vez mais escassa, com a ampliação do espaço para a cooperação, ou seja, para a atividade concertada, ajustada, entre público e privado” (Andrade, 2010, p. 207):

Algumas razões podem ser apontadas em favor do consenso como meio de desenvolvimento da atividade administrativa. A primeira é a constatação de que o interesse público tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados. Como destaca Ernesto Damiani, a Administração Pública que se desenvolve sobre bases consensuais, ao contrário daquela que é vinculada à legalidade estrita, apresenta maior agilidade e adaptabilidade aos interesses que concorrem para a realização da ação administrativa (Baptista, 2003, p. 266).

A consensualidade, portanto, vai além de uma simples adaptação das práticas administrativas; é uma verdadeira transformação na maneira como a Administração Pública concebe e exerce seu poder. Em um contexto de ampliação dos direitos fundamentais e de exigência crescente por transparência e eficiência, o consenso aparece como um meio de legitimar o exercício do poder estatal e de promover uma atuação administrativa mais próxima das necessidades reais dos cidadãos.

O interesse público, “antes concebido unitariamente”,

[...] agora se vê subdividido em vários interesses públicos [...], de modo que a Administração [...] assume, via procedimento administrativo, com participação dos interessados, nova função de

mediação social entre os interesses públicos das várias classes (Andrade, 2010, p. 179-180).

Isso dá ao agir administrativo uma nova noção de legitimidade, concebida a partir da “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (Moreira Neto, 1992, p. 65):

[...] a ideia de participação dos administrados nos processos de decisão parece capaz não somente de diminuir as disfunções organizativas e burocráticas, mas também de obter um novo *consensus*, uma nova legitimidade [...] que permita superar a atual crise de poder autoritário [...] (Fernandez; García de Enterría, 1999, p. 84).

Todavia, Patrícia Baptista chama a atenção para o que define como “tentação do excesso de consensualidade”, pois defende que existem áreas imunes “ao comércio jurídico e que, por conseguinte, não poderão ser objeto de consenso”, sob pena de “levar à abdicação de funções pela Administração” ou “à eliminação de poderes públicos” (Baptista, 2003, p. 270):

A consensualidade não pode, contudo, substituir indiscriminadamente a atuação unilateral da Administração, sem levar à abdicação de funções pela Administração ou à eliminação de poderes públicos, devendo se manter nos limites admitidos na Constituição. A consensualidade, ademais, é um modo de exercício de atividade pública e não uma técnica de direito privado da Administração. Os meios consensuais de atuação administrativa, por sua vez, merecem ser enquadrados em uma categoria distinta dos contratos administrativos, com os quais apresentam diferenças substanciais (Baptista, 2003, p. 304).

Portanto, mesmo com a diminuição da atuação unitária da Administração, por intermédio do poder de império, ainda remanesce essa faceta de limitação do privado, embora esteja cada vez mais potencializada a busca por melhor atender ao interesse público com a efetiva participação do cidadão. Assim, Érico Andrade (2010, p. 322) diz que, “mesmo nas hipóteses

em que a Administração atua com base no poder de autoridade para fazer prevalecer o interesse público”, busca submeter sua atuação sempre “à observância da dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos fundamentais”.⁵

Dessa forma,

[...] os direitos fundamentais deixam de ter conotação meramente negativa (dever de não violar as posições subjetivas do cidadão) e passam a condicionar positivamente a Administração, que deve atuar no sentido de permitir a máxima satisfação dos direitos fundamentais (Andrade, 2010, p. 322-323).

Para além dessa prestação positiva por parte do Estado, é preciso que se proponham novas bases dogmáticas e uma exegese administrativa que esteja sempre voltada à máxima implementação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

A consensualidade, por fim, deve ser compreendida como uma das expressões mais significativas do processo de democratização da Administração Pública. Ela permite que o poder estatal se aproxime da sociedade e esteja mais atento às suas demandas, estabelecendo relações mais horizontais e equilibradas com o cidadão. Contudo, sua aplicação deve ser feita com cautela, respeitando os limites constitucionais e as peculiaridades de cada situação, para que não se comprometam as funções essenciais da Administração nem se enfraqueça a proteção dos interesses públicos.

⁵ Os direitos fundamentais se prestam a reequilibrar a relação Administração-cidadão, senão em termos de igualdade, ao menos para garantir que os poderes de autoridade sejam exercidos num contexto de respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. E assim deve ser, atualmente, porque as novas Constituições, ao acolherem o princípio democrático de forma geral, em toda sua extensão, colocam o cidadão no centro do sistema constitucional: tornando impensável que a posição do cidadão se enfraqueça perante a Administração, ou seja, que o princípio democrático não valha para permitir que o cidadão oponha à Administração seus direitos em condições de igualdade (Andrade, 2010, p. 322-323).

5 CONCLUSÃO

O que se buscou explorar foi a participação democrática na Administração Pública, evidenciando a importância da consensualidade e do procedimento administrativo como meios para alcançar uma gestão pública mais participativa e legitimada. A partir da análise dos conceitos de democracia e participação, ficou claro que, na contemporaneidade, a atuação estatal não pode se limitar à representação política, devendo estender-se à inclusão efetiva do cidadão no processo decisório. Esse modelo de democracia participativa possibilita uma Administração que não apenas legisla sobre os interesses públicos, mas também constrói suas decisões com base em um diálogo constante entre o poder público e a sociedade.

O procedimento administrativo foi, então, identificado como peça fundamental para a concretização dessa nova abordagem, pois permite uma maior abertura para a participação popular e uma mudança significativa no papel da Administração Pública. Em vez de um modelo centrado no ato administrativo autoritário e unilateral, o procedimento se apresenta como um caminho para legitimar e pluralizar as decisões, promovendo uma atuação administrativa que reflita de maneira mais adequada os direitos fundamentais e os interesses diversificados da sociedade.

Além disso, a discussão sobre a consensualidade na Administração Pública revelou um movimento significativo em direção à cooperação entre público e privado. Essa abordagem não apenas contribui para uma Administração cada vez mais impessoal e eficiente, mas também permite que as decisões sejam tomadas de maneira mais harmônica, buscando uma convergência de interesses que beneficie tanto o Estado quanto os cidadãos. Apesar das críticas e dos riscos associados ao excesso de consensualidade, a construção de espaços de negociação mostra-se vantajosa, especialmente na medida em que favorece um agir administrativo adaptável e responsivo às necessidades sociais.

Portanto, é possível concluir que a abertura para a participação democrática e a consensualidade na Administração Pública representam um avanço indispensável para a concretização dos direitos fundamentais e para a criação de um modelo administrativo mais próximo dos ideais do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma administrativo, pautado pela transparência, participação e colaboração, não apenas equilibra as relações entre o poder público e o cidadão, mas também fortalece a legitimidade das decisões administrativas, promovendo uma gestão pública mais justa e inclusiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renvoar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen Varriale et al. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Bra-

sileiro de Direito Público, n. 26, p. 1-26, maio/jun./jul. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RE-DAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: out. 2024.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Democracia: um conceito histórico e a história do conceito. *Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 22-52, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revista.iesb.br/revista/index.php/ojsiesb/article/view/28/16>. Acesso em: 29 set. 2024.

CARVALHO, Iuris Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 4 jun. 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CHAVES, Gina; ANDRADE, Érico. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma releitura à luz do estado constitucional de direito. In: KNOERR, Fernando Gustavo; CARDOSO, Henrique Ribeiro; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo (org.). *Direito e administração pública*. Anais do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 405-426.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*,

Brasília, ano 27, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175764>. Acesso em: 29 set. 2024.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, G. J. de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito*, [s. l.], v. 1, n. 7, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2556>. Acesso em: 29 set. 2024.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

200
años



ATIVISMO JUDICIAL, SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PERSPECTIVA MINIMALISTA DE CASS SUNSTEIN

JUDICIAL ACTIVISM, SEPARATION OF POWERS AND THE REALISATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: CASS SUNSTEIN'S MINIMALIST PERSPECTIVE

Giovanni Galvão Vilaça Gregório¹
Izabella Alves Jorge Bittencourt²

RESUMO

O artigo procura examinar a judicialização da política e o ativismo judicial, notadamente no caso brasileiro, questionando a necessária postura ativista do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Aponta-se como alternativa o minimalismo judicial de Cass Sunstein, como forma de resgatar o prestígio do Poder Legislativo, evitando-se a concentração de poderes no Poder Judiciário. Pretende-se, assim, oferecer alternativa mais democrática para a efetivação dos direitos fundamentais, a partir da revalorização dos processos deliberativos clássicos da Democracia, perante o Poder Legislativo.

Palavras-chave: judicialização; ativismo; minimalismo judicial.

¹ Mestre em Direito pela Universidade da Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec), especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna (UIT), especialista em Direito Administrativo e Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes (Ucam), MBA em Privacidade e Proteção de Dados Pessoais pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (Cedin), revisor de periódicos da *Revista Meritum*. E-mail: giovanni.vilaca@gmail.com.

² Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pessoa, Inovação e Direito (NEAPID-UFJF) e do projeto de pesquisa "Inovação e Direito na Inteligência Artificial: mapeamento normativo e análise de impacto para o exercício de direitos fundamentais" (vinculado ao CNPq-universal). E-mail: izabellajbittencourt@gmail.com.

ABSTRACT

This article seeks to examine the judicialisation of politics and judicial activism, especially in the Brazilian case, questioning the necessary activist stance of the Judiciary and especially the Supreme Court. Cass Sustein's judicial minimalism is pointed out as an alternative, as a way of restoring the prestige of the Legislative Branch, while avoiding the concentration of powers in the Judiciary. The aim is to offer a more democratic alternative for the realisation of fundamental rights, by revaluing the classic deliberative processes of democracy before the Legislative Branch.

Keywords: judicialisation; activism; judicial minimalism.

1 INTRODUÇÃO

Não há como negar a importância da atuação do Poder Judiciário, em escala global, tendo essa função estatal se tornado, sem dúvida, protagonista no cenário político-institucional. Tal protagonismo, que é fruto de um processo histórico cujas origens remontam às chamadas "revoluções burguesas", se insere, mais contemporaneamente, no fenômeno denominado judicialização da política, que vem ocorrendo em vários países há vários anos.

Não se trata de fenômeno homogêneo, sendo, ao contrário, marcado pelas peculiaridades de cada país e seu respectivo contexto histórico. Ainda assim, é possível encontrar traços comuns entre os diversos matizes da judicialização da política.

O objetivo deste artigo é ponderar sobre a melhor forma de atuação do Poder Judiciário ante o fenômeno da judicialização da política, aceitando-se, como premissa, que

o princípio da separação dos poderes (ou das funções)³ do Estado está a sofrer profundas alterações.

As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário, certamente, não são estanques, sendo também marcadas pelo evoluir da História, conformando-se, então, à realidade de cada povo, de cada nação. Assim, a judicialização da política, nesse cenário, reflete esse constante movimento de fluxo e refluxo nas relações entre aqueles poderes (ou funções).

Nesse passo, impõe-se também examinar o ativismo judicial, entendido, brevemente, como a postura proativa do Poder Judiciário diante do fenômeno da judicialização da política. O ativismo é, por assim dizer, opção do Poder Judiciário, mostrando-se necessário perquirir os limites da sua atuação ativista.

Notadamente, em países em desenvolvimento, mostra-se necessário investigar a contribuição do ativismo judicial na efetivação de direitos fundamentais, relacionando essa atuação jurisdicional com as esferas de atuação dos poderes Legislativo e Executivo.

O marco teórico aqui adotado é o minimalismo judicial, desenvolvido por Cass Sunstein, como forma adequada de autocontenção da atuação do Poder Judiciário. Considera-se, como hipótese do artigo, que a busca pela efetivação de direitos fundamentais não deve ter como principal via o Poder Judiciário.

Sustenta-se, ao contrário, que o ativismo judicial não seja a melhor alternativa de efetivação dos direitos fundamentais, até porque o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ante o

³ Calha precisar que a expressão "Poder do Estado" não é, rigorosamente, a mais adequada, porque o "poder é uno e divide-se em funções", razão pela qual se mostra mais preciso o termo "funções" e não "poderes" (Gregório, 2020, p. 16). Segue, nessa linha, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que, criticando o uso da expressão "poderes do Estado", averba que ela traduz indevida "ideia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado. Tal aspecto suscitou a moderna posição doutrinária tendente à substituição da expressão separação dos poderes do Estado pela locução separação das funções do Estado" (Dias, 2018, p. 17, *passim*). Neste trabalho, contudo, não se faz opção irredutível pela expressão "funções do Estado", dada a consagração pública da expressão "poderes do Estado", conquanto se faça, aqui, o merecido registro.

princípio democrático, apresentam-se como instâncias mais legitimadas a atuar na efetivação dos direitos fundamentais

Ao Poder Judiciário deve caber, precipuamente, a atuação na garantia dos procedimentos legítimos, assegurando a melhor deliberação democrática, a fim de que os cidadãos possam definir as melhores formas de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, apenas residual e excepcionalmente, justificar-se-á a intervenção direta do Poder Judiciário, no que tange à efetivação de direitos fundamentais.

Metodologicamente, utiliza-se o método hipotético-dedutivo jurídico, valendo-se de pesquisa bibliográfica em livros, artigos, dissertações e teses, bem como de pesquisa documental, com a análise da legislação e da jurisprudência correlatas à temática da pesquisa. Por fim, como procedimento técnico, a análise teórica e interpretativa, buscando proposta de solução para o tema-problema destacado.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (OU FUNÇÕES)

Na obra *A política*, o filósofo Aristóteles apresentou três diferentes funções exercidas e concentradas unicamente nas mãos do soberano, quais sejam: funções deliberativas, que decidiam acerca dos negócios do Estado; funções executivas, que tratavam das magistraturas e poderes constituídos, devendo se submeter às deliberações da assembleia; e funções judiciais, que abarcavam os cargos de jurisdição (Aristóteles, 1991).

Na visão de Aristóteles, as três funções deveriam se desenvolver de maneira harmônica, enfatizando que, "em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando essas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre essas partes que provêm as suas" (Aristóteles, 1991, p. 111).

Outros autores, portanto, trataram da divisão das funções estatais, entretanto, percebe-se sólida contribuição de John Locke e Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, no final da Idade Média, a propósito da separação das funções estatais em órgãos distintos.

A *Bill of rights*, após a Revolução Gloriosa (1689), promoveu a consolidação das alterações advindas do regime de *Cromwell* durante o período da Revolução Puritana – a qual delimitou a ideia de separação das funções (Ribeiro Júnior, 2000).

Esse contexto inspirou o filósofo inglês John Locke a publicar a obra denominada *Segundo Tratado sobre o governo civil*, que assegurou a existência do Legislativo, do Executivo e do Federativo, demonstrando que a separação das funções não estabelecia relação de equilíbrio, mas de subordinação das demais ao Legislativo (Locke, 2006).

De acordo com a ideia de John Locke, o Legislativo detinha a autoridade para a elaboração das leis, o Federativo tinha a incumbência de promover a paz ou a guerra e o Executivo, o dever de impor o cumprimento das leis editadas pelo Legislativo. Embora houvesse a divisão das funções, o Legislativo era considerado hierarquicamente superior aos demais, sobrepondo-se às demais funções (Pires, 2015).

Convém destacar que Montesquieu refinou as ideias inicialmente desenvolvidas por Locke, incluindo a previsão do equilíbrio entre as funções, de modo que o Legislativo, Executivo e a função de julgar interagissem em harmonia, para que o “poder contenha o poder” (Montesquieu, 2000, p. 166). Tal harmonia se consolidaria por meio do controle recíproco, justamente para impedir a ocorrência de abusos (Ferreira Filho, 2010).

Tais premissas serviram como base de sustentação para a limitação do poder estatal em “três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil” (Montesquieu, 2000, p. 165).

Sobre a função de julgar, Montesquieu entendia que deveria ser exercida por pessoas que compunham as câmaras populares em determinados momentos do ano, conforme disposto em lei, e não por magistrados profissionais, de modo a garantir a imparcialidade e respeito ao povo. Afirmava também que os magistrados eram considerados a “boca que pronuncia as palavras da lei”, pura e simplesmente, não podendo exercer juízos de equidade, muito menos a força e o rigor da lei, que cabia ao Legislativo, por meio da Câmara Alta (Montesquieu, 2000, p. 168).

O Judiciário, para Montesquieu, deveria agir de forma mecanicista, invisível e nulo, de tal forma que não “se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (Cunha Júnior, 2015, p. 244). Com isso, o Judiciário era visto como um poder sem poder.

A independência do Executivo, do Legislativo e do Judiciário não se configura pela exclusividade do exercício das funções que lhes são atribuídas, mas pela predominância do seu desempenho. Significa dizer que a clássica divisão das funções legislativas, executivas e judiciais são predominantemente exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

A doutrina clássica da separação dos poderes (ou funções) deve ser constantemente repensada, a fim de se ajustar às necessidades de cada realidade, pois, se vista de maneira estanque, estará dissociada do contemporâneo estado democrático de direito.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

É conhecida a caracterização feita por Ran Hirschl a propósito da judicialização da política, fenômeno que se caracteriza pelo fato de haver “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (Hirschl, 2009, p. 140).

Vem também de Hirschl a observação sobre o alargamento da expressão judicialização da política, que seria “um termo ‘guarda-chuva’, comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados” (Hirschl, 2009, p. 142). Dentre esses processos, para o escopo deste artigo, merece destaque o processo qualificado por Ran Hirschl como o mais concreto, isto é, a “expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo)” (Hirschl, 2009, p. 143).⁴

Tal expansão apresenta, em cada país, variações particulares, decorrentes das vicissitudes dos processos históricos de cada nação. Como adverte Luís Roberto Barroso, o fenômeno da judicialização da política tem “causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro” (Barroso, 2012, p. 24), ressaltando, pois, as peculiaridades da judicialização da política em cada país.

Pode-se compreender que a judicialização da política ocorre no momento em que questões vinculadas às atribuições típicas do Legislativo e do Executivo são examinadas pelo Judiciário, consoante explicita Marcos Faro Castro:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse público’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’ (Castro, 1997, p. 147).

⁴ Os outros dois processos são, ainda segundo Ran Hirschl, a “disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política” (Hirschl, 2009, p. 141) e “judicialização da ‘política pura’ – a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos” (Hirschl, 2009, p. 141, *passim*).

Vêm de Luís Roberto Barroso, ainda, os principais aspectos do “modelo institucional brasileiro”, que, por aqui, conduziram à judicialização da política. Como ocorreu em vários países que superaram governos ditatoriais (Espanha e Portugal são exemplos notórios), também o Brasil viveu, após a promulgação da Constituição da República de 1988 (CR/1988), intenso processo de “constitucionalização abrangente”, sendo a própria CR/1988 “analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (Barroso, 2012, p. 24, *passim*). Daí, pois, a conclusão de Barroso sobre ser a judicialização da política, no Brasil, um “fato” (Barroso, 2012, p. 25).

Importante esclarecer que judicialização da política e ativismo judicial não são sinônimos, pois aquela concerne ao fenômeno que possibilitou “intensa provocação do Judiciário para discussão de matérias que não eram tratadas na seara judiciária”, ao passo que o ativismo judicial “refere-se a uma forma de interpretação proativa do Judiciário acerca do texto constitucional, a qual não foi levada em conta pelo próprio legislador”, conforme destaca Giovanni Gregório (Gregório; Almeida, 2019, p. 9).

Mauro Cappelletti noticia que a criatividade jurisprudencial é fruto do século XX e se configura a partir da transposição do formalism jurídico para uma maior criatividade dos magistrados, devido à “grande transformação do papel do Estado e do direito na moderna sociedade do bem-estar” (Welfare State *apud* Cappelletti, 1993, p. 23). Aborda, ainda, a questão do déficit legislativo para atender às demandas de toda a ordem nas sociedades plurais contemporâneas, abrindo espaço para atuação do magistrado como legislador (Cappelletti, 1993).

Não é objetivo do presente artigo aprofundar o exame das causas da judicialização da política, mas, sim, ponderar sobre a postura do Poder Judiciário ante tal cenário de judicialização. Por isso a importância de se considerar o ativismo judicial, definido por Oscar Vilhena Vieira como “postura responsiva” do Poder Judiciário que, na visão de Vilhena Vieira, é necessária consequência do desenho institucional posto na CR/1988: “Por

tudo isso, não resta dúvida de que o constituinte conferiu ao Judiciário, a começar pelo STF, o dever de assumir uma postura responsiva, ao menos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais” (Vieira, 2018, p. 177-178).

Ainda na esteira de Oscar Vilhena Vieira, haveria, ante a natureza analítica e ambiciosa do texto constitucional, e da necessidade de imediata aplicação dos direitos fundamentais, verdadeira exigência, ou “consequência inevitável” de postura ativista do Poder Judiciário, notadamente do STF (Vieira, 2018, p. 177). A consequência inevitável, nesse contexto institucional, é o ativismo judicial.

Desse modo, o modelo constitucional adotado em 1988 demonstra a preocupação com os direitos fundamentais de primeira (civis e políticos) e segunda gerações (sociais e econômicos), e isso faz com que recaiam sobre o Judiciário os anseios da sociedade para que tais direitos sejam efetivados (Ramos, 2010). Elival Ramos destaca que:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (Ramos, 2013, p. 58).

Luís Roberto Barroso também adverte que a expansão do ativismo judicial está atrelada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço da atuação dos outros dos Poderes” (Barroso, 2019, p. 26).

Oscar Vilhena Vieira rejeita a possibilidade de haver, no caso brasileiro, opção pelo oposto do ativismo, que ele define

como “deferência”, entendida como “postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito pela decisão do legislador” (Vieira, 2018, p. 174).

A postura deferente, segundo Vieira, de postura que privilegia uma compreensão “robusta” da democracia entendida como governo de maioria, mas que, em razão do caráter expansivo da CR/1988, se mostra incompatível com a necessidade de atuação direta do Poder Judiciário, notadamente do STF, em favor da concretização de direitos individuais.⁵

Estaria, assim, justificada a “posição claramente ativista” do Supremo Tribunal Federal, constatada por Luís Roberto Barroso (2012, p. 26) e referendada por Oscar Vilhena Vieira.

Todavia, aqui, sugere-se alternativa a essa posição ativista, que visa a restabelecer maior equilíbrio entre os Poderes do Estado, prestigiando-se, ainda, o Poder Legislativo, especialmente, como foro mais adequado para as deliberações democráticas.

4 A ALTERNATIVA MINIMALISTA DE CASS SUNSTEIN

O dissenso é produto da democracia e pode ser concebido como premissa para a livre manifestação de pensamentos, podendo desencadear instabilidade e enfraquecimento das organizações do Estado, mas, ao mesmo tempo, impulsionando o desenvolvimento da sociedade (Moraes, 1999).

Ao dizer que o dissenso é marcante nas sociedades atuais, José Luiz Bolzan Moraes tem como referência as sociedades ocidentais democráticas e liberais, nas quais são tratadas questões políticas com carga valorativa, tais como homossexualidade, aborto, privacidade, dentre outras. O autor adverte que os problemas de uma sociedade democrática

⁵ Oscar Vilhena Vieira, embora reconhecendo legitimidade a ambas as posturas, deferente ou ativista, reconhece a existência de riscos, vale dizer, de “posturas degeneradas”, seja no ativismo (“usurpação”), seja na deferência (“omissão”) (Vieira, 2018, p. 176). Ainda assim, aponta pela já mencionada “opção” do texto constitucional pela postura ativista, em comparação com a postura deferente.

precisam ser debatidos e solucionados por decisões legítimas (Morais, 1999).

Em oposição à visão que reconhece o ativismo judicial como imposição do desenho institucional da CR/1988, se pode pontuar a teoria desenvolvida por Cass Sunstein, que busca desenvolver o conceito de minimalismo judicial, que propõe limitar a decisão judicial ao que for estritamente necessário para a sua fundamentação, não se aprofundando em outras questões mais amplas que exijam maior debate sobre princípios ou direitos constitucionais (Sunstein, 1999). Trata-se de postura deferente aos demais Poderes do Estado, sendo, assim, forma de autocontenção judicial, que se põe como alternativa ao ativismo judicial.

Cass Sunstein denomina minimalismo judicial o ato de dizer o estritamente necessário para embasar uma decisão, deixando em aberto, sempre que possível, questões mais amplas que requerem maior discussão, principalmente em casos que envolvam princípios ou direitos constitucionais (Sunstein, 1999).

O minimalismo judicial é uma forma de autocontenção judicial, pois os magistrados minimalistas invalidam leis, mas não se atrelam inteiramente com a regra da maioria (*majority rule*), não podendo ser concebida como uma teoria liberal ou conservadora e possui como atributo peculiar a não definição de problemas fundamentais (Sunstein, 1999).

Exatamente por se configurar como postura deferente, o minimalismo permite ampliar e assegurar o debate e o processo deliberativo democrático, desenvolvidos de forma mais adequada no Poder Legislativo. A postura ativista contém o risco de enfraquecer o debate democrático, induzindo as forças políticas a não decidirem, aguardando, na maior parte das vezes, o pronunciamento do Poder Judiciário.

Entende Cass Sunstein que os ideais democráticos são mais facilmente alcançados quando prevalece, na generalidade dos casos, a deliberação democrática do Parlamento, cuja estrutura é mais bem vocacionada para refletir os dissensos e

os consensos da sociedade (Sunstein, 1999). Assim, pautando-se por postura minimalista, o Judiciário não se aprofundará em questões abstratas ou diretrizes abrangentes, evitando suprimir a atuação do Poder Legislativo.

Explica Bruno de Paiva Bernardes que o minimalismo exige que a decisão judicial se atenha ao “[...] núcleo indispensável da decisão, circunscrevendo-se às dimensões da estreiteza e da superficialidade” (Bernardes, 2019, p. 48). Não deve a decisão judicial minimalista “[...] esgotar toda sorte de argumentos ou ampliar o seu alcance a elevado número de desdobramentos fáticos” ou fomentar “[...] a discussão (em espaços distintos do judicial) dos temas que eventualmente seriam objeto” (Bernardes, 2019, p. 49).

Aliás, o minimalismo judicial tem o objetivo de dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pautando-se por uma ação judicial que diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular (Gregório; Almeida, 2019).

Nesse sentido, Loiane Verbicaro ressalta que:

As decisões políticas devem ser tomadas a partir de procedimentos previamente estabelecidos que assegurem relações dialéticas e dialógicas entre os participantes. Essa defesa impede que o simples observador, terceiro sem legitimidade - Judiciário, de determinar a condução da vida dos cidadãos (Verbicaro, 2019, p. 462).

Os elementos do minimalismo procedimental (*minimalist procedure*) configuram-se quando o Judiciário aprecia o caso concreto, deixando questões indefinidas, pois considera as suas limitações e a possibilidade de desacordo razoável diante de uma sociedade heterogênea (Sunstein, 1999).

O magistrado minimalista, portanto, não fica adstrito a regras claras (*clear rules*) e nem mesmo a resoluções definitivas (*final resolutions*), além de se conceber como parte integrante do sistema de deliberação democrática, haja vista que possibilita a existência de reflexão pelos demais poderes (Sunstein, 1999, p. 81).

Sunstein preconiza que deliberação democrática é a única forma de alinhamento aos ideais democráticos e que o processo decisório de determinadas matérias deve, necessariamente, envolver o Legislativo, a fim de evitar o julgamento baseado em avaliações pessoais dos magistrados (Sunstein, 1999).

A autocontenção propagada pelo minimalismo judicial é a alternativa que prestigia o debate na esfera democrática, pois a garantia dos procedimentos legítimos assegura a deliberação democrática, a fim de que os cidadãos possam definir questões substanciais de elevada carga valorativa, bem como a efetivação dos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O engajamento político é importante elemento que propicia a democracia deliberativa, cenário em que as decisões são concebidas a partir do embate dos diferentes argumentos. O dissenso surge como mola propulsora para o desenvolvimento social e base fundamental para solidificação dos ideais democráticos, que deve ser promovida nas instituições que compõem o sistema estatal.

As demandas envolvendo a concretização de direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas paulatinamente aportaram ao Judiciário, que assumiu papel ativo nas discussões de cunho político, o fenômeno da judicialização da política, gerando, por vezes, criatividade jurisdicional, a qual transcende principalmente a função legislativa.

O Judiciário, quando age em substituição ao legislador ou ao gestor público, fustiga o princípio da separação dos poderes (ou das funções). Contudo, os julgamentos políticos não podem ter como lastro os interesses particulares, mas devem ser provenientes de reflexão e debate conjuntos.

O ativismo judicial pode comprometer o exercício da democracia, retirando o diálogo do seio social, onde se formam a vontade e as mobilizações políticas, motivo pelo qual se pode

inferir que a atuação minimalista do Judiciário viabiliza decisões condizentes com uma sociedade plural, evitando interferências excessivas nas atividades do Legislativo e Executivo.

As decisões judiciais mais estreitas ao caso concreto minimizam a produção de equívocos, viabilizando a deliberação no âmbito do Legislativo e do Executivo, e o minimalismo judicial permite o processo plural e participativo no ambiente democrático, com vistas à concretização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Enea de Stutz; TORREÃO, Marcelo Pires. O papel institucional do Poder Judiciário nas quatro dimensões do sistema de justiça de transição. *Revista de movimentos sociais e conflitos*, [s. l.], v. 3, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://tml.d.com.br/wp-content/uploads/2019/04/o-papel-institucional-do-poder-judiciario.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 2 nov. 2020.

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

AZEVEDO, Ana Paula Silva de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais: ativismo no STF pela crítica de Antônio José Avelãs. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2017, Florianópolis. *Resumos [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/4IDtcxD58AzQ2lx3.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BERNARDES, Bruno Paiva. *Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial no ordenamento jurídico e sua democraticidade jurídica*. 2019. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle - Direito Público) – Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/7023>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CASTRO, Marcos Faro. Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=0102-6909&script=sci_serial. Acesso em: 9 jun. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: Juspdvm, 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. *A judicialização da política e o ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. 2020. Dissertação (Mestrado) - Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2020.

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça; ALMEIDA, Letícia S. Ativismo judicial e a judicialização da política: legitimidade da atuação do Judiciário. *In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*, 18., 2019, Belém. Disponível em: <http://conpedi.daniolr.info/publicacoes/048p2018/4g97pnpk/Ri3h3Gllz-b0smM6.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In: MOREIRA, Luiz (org.). Judicialização da política*. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2004.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MACIEL, Débora Alves. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. São Paulo: Lua Nova, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, v. 1, jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>. Acesso em: 20 out. 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. Conceito histórico da separação de poderes. 2015. Disponível em: <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 16 out. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria geral do Estado e ciência política*. Bauru: Edipro, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. São Paulo: Del Rey, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 246, p. 79-94, set. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41651/40827>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. *Public Law & Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 147, jan. 2007. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 5 out. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Massachussets: Havard University Press, 1999.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariade judicial*. 2. ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista GV*, São Paulo, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

200
años



**DO POVO, PARA O POVO E PELO POVO: A DEMOCRACIA SOB A
DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL E ESTRUTURAL
DO ESTADO BRASILEIRO**

**OF THE PEOPLE, FOR THE PEOPLE AND BY THE PEOPLE:
DEMOCRACY UNDER THE CONSTITUCIONAL AND STRUCTURAL
DOGMATICS OF THE BRAZILIAN STATE**

Guilherme Sabi de Mello Antunes¹
Sebastião Sérgio da Silveira²

RESUMO

A sociedade, assim como tudo que provém do ser humano, é cíclica. No horizonte dos eventos sociais, encontram-se aqueles tendentes à ruptura e a instalar uma nova ordem. Por conseguinte, esse movimento pode ocasionar consequências irreversíveis, quiçá um desastre, tal como os regimes autoritários já perpetrados outrora, nos momentos mais delicados que a "civilização" já assistiu. Dessarte, o objetivo primacial deste excerto foi investigar o sistema democrático brasileiro. Como acessório, conceituou-se democracia e sua aplicabilidade pós-Constituição de 1988. Deliberou-se acerca da autoridade estatal perante a vontade popular. Expôs-se o fenômeno da descrença no sistema eleitoral brasileiro por meio da massificação da vinculação de notícias falsas. Arguiu-se acerca do invoke do artigo 142 da Constituição Federal sob fundamento de lei e ordem. Apresentaram-se sugestões de viabilização direta

¹ Advogado, mestre em Concreção de Direitos Coletivos e Cidadania pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), especialista *lato sensu* em Processo Civil Aplicado, Direito e Processo Penal Aplicados e Direito e Processo do Trabalho Aplicados pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), graduado em Direito pela Libertas Faculdades Integradas. *E-mail:* guilhermesabi@gmail.com.

² Promotor de Justiça em Ribeirão Preto, professor, reitor e coordenador dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, pós-doutor pela Universidade de Coimbra, doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). *E-mail:* ssilveira@unaerp.br.

da democracia no Brasil. Concluiu-se que a democracia é o sustentáculo dos direitos e garantias fundamentais, visto que, apesar de necessitar de constante aperfeiçoamento, encontra-se apta a estruturar e organizar o desenvolvimento do estado democrático de direito. Concluiu-se que a democracia está cotidianamente sob constantes ataques – em xeque, e que atos como *fake news* e o desinteresse popular podem ser prejudiciais à democracia a longo prazo. Todavia, o sistema democrático ainda continua sendo o que mais se aproxima da igualdade e justiça, seja no âmbito jurídico, político, econômico ou social. Para a consecução do estudo, recorre-se, quanto ao método, à pesquisa quali-quantitativa, baseada na busca e análise de escritos sobre a temática. Com efeito, utiliza-se o método hipotético-dedutivo para o alcance de conclusões satisfatórias e congruentes à temática proposta.

Palavras-chave: democracia; soberania popular; regime de governo; *fake news*.

ABSTRACT

Society, like everything that arises from human beings, is cyclical. you already saw. Therefore, the main objective of this excerpt was to investigate the Brazilian democratic system. As an accessory, democracy and its applicability were conceptualized after the 1988 Constitution. State authority versus popular will was deliberated. The phenomenon of disbelief in the Brazilian electoral system was exposed through the massive distribution of fake news. The argument referred to the invocation of article 142 of the Federal Constitution for reasons of public order. Suggestions were presented for the direct viability of democracy in Brazil and it was concluded that democracy is the pillar of fundamental rights and guarantees and, despite needing constant improvement, is capable of structuring and organizing the development of the democratic rule of law. It was concluded that democracy is under constant

attack on a daily basis; under control, acts like fake news and popular disinterest can be detrimental to democracy in the long term. However, the democratic system remains the closest to equality and justice, whether in the legal, political, economic or social sphere. To carry out the study, in terms of the method, qualitative-quantitative research is used, based on the search and analysis of writings on the topic. In fact, the hypothetical-deductive method is used to reach satisfactory conclusions consistent with the proposed topic.

Keywords: democracy; popular sovereignty; government regime; fake news.

1 INTRODUÇÃO

A democracia é um sistema político que se baseia na participação popular, na representação, na separação de poderes, no respeito aos direitos humanos e na garantia das liberdades fundamentais. No entanto, nas últimas décadas, esse sistema vem enfrentando uma série de desafios e crises que ameaçam a sua legitimidade, estabilidade e qualidade. Alguns desses desafios são: o aumento da desigualdade social, a emergência de movimentos populistas e autoritários, a disseminação de informações falsas e manipuladas, a erosão da confiança nas instituições e nos representantes políticos, a polarização ideológica e a violência política.

Diante desse cenário, é fundamental defender e fortalecer as instituições democráticas, que são os mecanismos que limitam ou estimulam os costumes e as condutas sociais, garantindo o equilíbrio da ordem constitucional e o menor impacto para os direitos fundamentais. As instituições democráticas são representadas pelas leis, normas jurídicas ou morais, regras eleitorais, políticas públicas, partidos políticos, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, entre outros. Elas são responsáveis por assegurar a representatividade, a

accountability, a transparência, a participação, a pluralidade e a tolerância na democracia.

Dessarte, o objetivo deste excerto foi investigar o sistema democrático brasileiro. Como acessório, conceituou-se democracia e sua aplicabilidade pós-Constituição de 1988. Deliberou-se acerca da autoridade estatal perante a vontade popular. Expôs-se o fenômeno da descrença no sistema eleitoral brasileiro por meio da massificação da vinculação de notícias falsas. Arguiu-se acerca do inócuo do artigo 142 da Constituição Federal sob fundamento de lei e ordem. Apresentaram-se sugestões de viabilização direta da democracia no Brasil.

Concluiu-se que a democracia está cotidianamente em xeque e que atos como *fakes news* podem ser prejudiciais à democracia a longo prazo. Todavia, o sistema democrático ainda continua sendo o que mais se aproxima da igualdade e justiça, seja no âmbito jurídico, político, econômico ou social. A presente pesquisa justifica-se pela relevância acadêmica, política, econômica, jurídica e social que o tema desperta. Para a consecução do estudo, aplica-se a metodologia de pesquisa qualiquantitativa e com método hipotético-dedutivo para o alcance das conclusões.

2 DEMOCRACIA – GÊNESE E PILARES ORIGINÁRIOS

A democracia direta nasceu em Atenas, na Grécia Antiga,³ por volta do século V a.C. Os cidadãos atenienses

³ A historicidade da democracia refere-se à evolução e ao desenvolvimento desse sistema de governo ao longo da história. A democracia é uma forma de governo em que o poder é exercido pelo povo, geralmente por meio de eleições diretas ou representativas. Ela tem raízes antigas na história da humanidade, mas sua aplicação e compreensão variaram ao longo do tempo e em diferentes culturas. A palavra "democracia" tem sua origem na língua grega antiga. Ela é composta por dois elementos: "*Demos*": esse termo grego significa "povo" ou "população". Era usado para se referir à comunidade ou à coletividade dos cidadãos em uma cidade-estado grega, como Atenas, e "*Kratos*": Esse termo grego significa "poder" ou "governo". Ele denota a ideia de autoridade ou controle. Portanto, quando combinamos esses dois elementos, "*demos*" e "*kratos*", obtemos "*demokratia*" (em grego antigo: *δημοκρατία*), que pode ser traduzido como "governo do povo" ou "poder do povo". A democracia, em seu sentido original, representava um sistema de governo no qual o poder político e a autoridade eram exercidos diretamente

participavam ativamente das decisões políticas, votando em leis e políticas públicas. No entanto, essa democracia era limitada, pois excluía mulheres, estrangeiros e escravos.

De acordo com Ribeiro:

Em Atenas e nas outras cidades democráticas (não era toda a Grécia: Esparta era monárquica), o povo exercia o poder, diretamente, na praça pública. Não havia assembleia representativa: todos os homens adultos podiam tomar parte nas decisões. A lei ateniense, no século IV a.C., fixa quarenta reuniões ordinárias por ano na ágora, que é a palavra grega para praça de decisões. Isso significa uma assembleia a cada nove dias. Essa é a maior diferença entre a democracia antiga e a moderna. Hoje elegemos quem decidirá por nós. Mesmo em cidades pequenas, delegamos por vários anos as decisões ao prefeito e aos vereadores. Os gregos, não. Eles iam à praça discutir as questões que interessavam a todos. O pressuposto da democracia direta era a liberdade. Os gregos se orgulhavam de ser livres. Isso os distinguia de seus vizinhos de outras línguas e culturas. Ser grego ou helênico não era uma distinção racial, mas linguística e cultural. Quem falasse grego era grego, não importando o sangue que corresse em suas veias. Os gregos consideravam os outros povos, tais como os persas, inferiores, mas — ao contrário dos racistas modernos — não por uma diferença genética, e sim por não praticarem a liberdade. (Ter a liberdade significava praticá-la.) Só eles, que decidiam suas questões, eram livres (Ribeiro, 2018, p. 22).

Na Roma antiga, houve formas de governo democrático, como a República Romana, por exemplo, que permitia a participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas. No entanto, assim como em Atenas, a cidadania era restrita a uma parcela da população. Nesse contexto, a democracia não era um

pelo povo ou por seus representantes eleitos. É importante notar que a ideia de democracia na Grécia antiga, especificamente em Atenas, era bastante limitada em termos de participação, uma vez que apenas uma parcela da população, composta por homens livres e nascidos em Atenas, tinha o direito de participar das decisões políticas. No entanto, a palavra "democracia" acabou evoluindo ao longo do tempo para abranger sistemas mais inclusivos e representativos, nos quais um espectro mais amplo da população tem o direito de participar no governo (Finley, 1998).

sistema de governo predominante, ou seja, era uma República, em que o poder era compartilhado entre várias instituições, incluindo o Senado e os magistrados eleitos. Embora os cidadãos romanos tivessem direitos políticos, como votar nas assembleias populares e ocupar cargos públicos, esses direitos estavam limitados a uma parcela restrita da população: os homens livres e nascidos em Roma (Blainey, 2015).

Ainda assim, a República Romana pode ser vista como uma forma primitiva de governo representativo, pois envolvia a eleição de funcionários públicos e a participação dos cidadãos nas decisões políticas por meio de suas assembleias (Blainey, 2015). A democracia romana, no entanto, era muito diferente dos ideais democráticos modernos, uma vez que excluía mulheres, escravos e não cidadãos, e seu sistema político era caracterizado por uma complexa rede de equilíbrio de poderes entre várias instituições.

Durante grande parte da Idade Média e Idade Moderna, a democracia como a conhecemos hoje estava ausente na Europa, prevalecendo sistemas monárquicos e autoritários. O surgimento das ideias iluministas e as revoluções liberais, como a Revolução Americana (1775-1783) e a Revolução Francesa (1789), marcaram o ressurgimento das ideias democráticas. Esses eventos influenciaram a adoção de sistemas representativos em várias nações (Veyne, 1999).

O século XIX viu a expansão gradual do sufrágio (direito de voto) para mais grupos de pessoas em muitos países ocidentais, incluindo mulheres e grupos étnicos antes excluídos. O século XX testemunhou a disseminação da democracia representativa em todo o mundo, embora muitos países ainda experimentassem períodos de ditadura e autoritarismo.

Nessa senda, encontram-se as lições de Bobbio:

O século XIX foi um período de significativas transformações no campo da democracia. Muitas nações ocidentais passaram por processos de democratização e expansão do sufrágio, permitindo uma participação política mais ampla. A Revolução Francesa e suas ideias de igualdade e

liberdade desempenharam um papel fundamental nesse processo. Na Inglaterra, o *Reform Act* de 1832 expandiu o direito de voto e, ao longo do século, reformas adicionais estenderam gradualmente a participação política. Nos Estados Unidos, a democracia representativa foi consolidada, apesar dos desafios iniciais. O século XIX também viu o surgimento de teóricos políticos influentes, como Alexis de Tocqueville, que analisou as características da democracia americana. Embora a democracia do século XIX ainda fosse restritiva em termos de quem tinha o direito de voto, esses avanços marcaram o início de uma trajetória de expansão e evolução dos princípios democráticos que continuaram no século XX e além (Bobbio, 1997, p. 35).

Após o colapso da União Soviética e o fim da Guerra Fria, houve um aumento notável na disseminação da democracia pelo mundo, com muitos países transitando para sistemas democráticos. Todavia, a democracia enfrenta desafios no século XXI, como a ascensão do populismo, a polarização política, o enfraquecimento das instituições democráticas e ameaças à liberdade de imprensa. Além disso, a globalização e as novas tecnologias da informação têm impactado a forma como a democracia opera.

Assim, a historicidade da democracia é uma jornada complexa e variada, marcada por avanços e retrocessos ao longo dos séculos. A compreensão e a prática da democracia continuam a evoluir à medida que as sociedades enfrentam novos desafios e buscam formas mais inclusivas e justas de governo.

2.1 O paradigma filosófico acerca do conceito de democracia

Filosoficamente, o conceito de democracia associa-se, imperiosamente, ao campo do poder, sendo que sua essencialidade está dinamizada na concepção do poderio de um sob outro. O elemento indispensável nessa relação é, portanto, a autoridade, não importando quem a detém, mas sendo imprescindível o modo como esta é conseguida e aplicada.

Em sentido de poderio, Schmitt assevera que:

A essência da democracia moderna é a identidade: identidade entre governantes e governados; identidade entre o povo e o Estado; identidade entre o conteúdo material das leis e as opiniões e sentimentos dominantes; identidade entre o direito e a vontade do povo; identidade entre o Estado e o movimento que representa o povo (Schmitt, 2020, p. 24).

Filósofos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e John Stuart Mill contribuíram para a formação da democracia liberal. Eles enfatizaram a importância dos direitos individuais, da igualdade perante a lei e da proteção contra o poder do governo (Beck, 2010). A democracia liberal busca equilibrar o governo representativo com a proteção dos direitos e liberdades individuais.

Jurgen Habermas foi um dos principais teóricos da democracia deliberativa. Ele argumenta que a democracia ideal é aquela em que os cidadãos se envolvem em um processo de deliberação pública racional e informada (Beck, 2010). Nessa visão, a qualidade da discussão pública e a busca pelo consenso são fundamentais (Beck, 2010).

Para Habermas:

A democracia desempenha um papel crucial no desenvolvimento do Estado, pois cria um ambiente político no qual as instituições são responsáveis às necessidades e desejos da sociedade. Através da participação cidadã e do processo eleitoral, os cidadãos têm a capacidade de escolher seus líderes e influenciar a formulação de políticas públicas. Isso não apenas confere legitimidade ao governo, mas também promove a prestação de contas e a transparência. Além disso, a democracia incentiva o respeito pelos direitos humanos e individuais, o que é essencial para a proteção da dignidade e liberdade dos cidadãos. A medida que as instituições democráticas funcionam bem, criam um ambiente propício para o desenvolvimento econômico, social e político, facilitando a estabilidade política, a confiança na governança e a capacidade do Estado

de atender às necessidades da população de maneira eficaz e justa (Habermas, 2020, p. 18).

A ideia de participação integrativa democrática, por sua vez, enfatiza a importância da participação direta dos cidadãos nas decisões políticas. Filósofos como Carole Pateman argumentam que a democracia só pode ser verdadeiramente legítima se os cidadãos tiverem oportunidades reais de participação ativa, e não apenas votação passiva (Nogueira, 2004).

De igual modo, Cornelius Castoriadis (2007) defende uma visão mais radical da democracia, na qual a política não se limita às instituições governamentais, mas se estende a todos os aspectos da vida social. Eles argumentam que a democracia deve ser uma força disruptiva que desafia o poder estabelecido e promove a participação ativa em todas as esferas da sociedade.

Assim, para Castoriadis:

A democracia é muito mais do que apenas um sistema político; é um projeto de autogoverno coletivo e autônomo. A verdadeira democracia vai além do simples ato de votar em representantes, envolvendo a participação ativa e direta dos cidadãos na tomada de decisões sobre os assuntos que afetam suas vidas. A ideia de 'autonomia política' deve prevalecer, está assentada no ideal de que as pessoas não apenas elegem líderes, mas também têm a capacidade de coletivamente criar e moldar suas próprias instituições políticas. Deste modo, a democracia significa a autodeterminação, a autoinstituição e a autoadministração da sociedade, com um foco na criação de um espaço público onde as pessoas podem debater, deliberar e moldar seu destino político em busca da liberdade e da justiça (Castoriadis, 1991, p. 201).

Por seu turno, Thomas Pogge e Daniele Archibugi propõem uma visão cosmopolita da democracia, na qual a governança democrática não se limita ao nível nacional, mas se estende à esfera global. Eles argumentam que questões como direitos humanos, justiça global e cooperação internacional são

fundamentais para uma democracia verdadeiramente inclusiva (Nogueira, 2004).

Nessa perspectiva *supra*, a democracia está intimamente ligada à justiça global e à erradicação da pobreza e da desigualdade. Uma verdadeira democracia não pode ser alcançada apenas dentro das fronteiras nacionais, mas deve se estender ao âmbito global. Destaca-se a importância de reformar as instituições globais, como as Nações Unidas, por exemplo, para torná-las mais democráticas e responsivas às necessidades das nações mais pobres e vulneráveis. Além disso, a democracia deve ser vista não apenas como um sistema político, mas como um sistema que promove direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à saúde, educação e uma distribuição justa dos recursos globais.

Sob essa premissa, a democracia está intrinsecamente ligada à busca de uma ordem global mais justa, na qual as desigualdades econômicas e sociais são reduzidas e em que todas as pessoas têm uma voz nas decisões que afetam suas vidas, independentemente de onde vivam, e não apenas ao campo intelectual ou moral/individual de cada ente.

Portanto, anota-se que a democracia é um sistema de governo que evoluiu ao longo da história, incorporando uma ampla gama de perspectivas filosóficas e práticas políticas. Embora tenha suas falhas e desafios, a democracia continua sendo uma das melhores maneiras conhecidas de garantir a participação cidadã, proteger direitos individuais e promover a responsabilidade dos governantes.

É inegável que sua força resida na capacidade de adaptar-se às mudanças sociais, abraçar a diversidade de opiniões e evoluir para atender às demandas de uma sociedade em constante transformação. No entanto, para que a democracia floresça, é essencial que os cidadãos estejam engajados, informados e vigilantes, e que as instituições democráticas sejam robustas e respeitem os princípios fundamentais da igualdade e da justiça.

3 A RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL E A DELIBERAÇÃO DO PODER SOB A PERSPECTIVA DO ARGUMENTO FILOSÓFICO

Quando se fala em democracia, imperiosamente, tem-se imbricado em seu fundamento orgânico a construção, a legitimação e aplicação do poder de um sobre outro. Nessa senda, a premissa que se tem é que, independentemente de alguma das partes elencadas necessariamente nessa relação ser uma pessoa, órgão, instituição ou agrupamento de seres, no caso específico da democracia, quando o poder, teoricamente, emana do povo reafirma-se o conceito de democracia no contexto do Estado Democrático de Direito. Ao se delimitar o conceito de democracia, percebeu-se que esta é o poder do povo. Desse modo, o poder, núcleo do sistema organizacional da democracia, deve ser entendido de modo mais incisivo, visando à absorção da sua significação e à contextualização temporal, levando em conta sua aplicabilidade ao estado brasileiro.

Alguns filósofos debruçaram-se a entender e estudar com mais afinco o conceito dinâmico de democracia e sua aplicabilidade no cenário estatal. Nessa perspectiva, Karl Loewenstein (1976),⁴ jurista e cientista político alemão, destacou-se por seus estudos sobre o constitucionalismo, a democracia e o autoritarismo. Ele foi um dos primeiros autores a analisar a crise das democracias liberais e parlamentares na Europa do século XX, diante do surgimento dos regimes totalitários, como o nazismo e o fascismo.

Para o mencionado autor, a constituição é a norma suprema que regula a organização e o funcionamento do Estado, limitando o poder dos governantes e garantindo os direitos dos governados. Ele defendia que a constituição deveria ser adaptada à realidade histórica, social e cultural de cada país,

⁴ *Loewenstein* foi influenciado pela experiência do nazismo na Alemanha, que ascendeu ao poder por meio da democracia parlamentar e depois aboliu a constituição e instaurou uma ditadura. Ele criticava a democracia liberal e parlamentar, que ele considerava fraca e vulnerável aos ataques dos movimentos populistas e autoritários. Ele defendia que a democracia deveria ser forte e vigorosa, capaz de resistir às ameaças e aos desafios da modernidade (Loewenstein, 1976).

evitando o formalismo e o dogmatismo jurídicos. Ele propôs uma classificação ontológica das constituições, de acordo com o seu grau de eficácia e correspondência com a realidade política (Loewenstein, 1976).

Desse modo, o poder estatal é (deve ser) caracterizado por uma distinção entre dois tipos de poder dentro do Estado. O primeiro é o "poder de governo" (*Regierungsgewalt*), que se refere à autoridade legalmente constituída e responsável pela administração do Estado. O segundo é o "poder soberano" (*Souveränitätsgewalt*), que representa o poder subjacente, muitas vezes invisível, que molda e influencia as decisões tomadas pelo poder de governo (Ribeiro, 2018).

Loewenstein (1976) argumentava que essa distinção era fundamental para compreender o funcionamento do Estado moderno, pois permitia uma análise mais profunda das dinâmicas de poder, destacando a importância de quem exerce o poder real, muitas vezes por trás das estruturas formais do governo. Essa visão ajuda a explicar como o Estado pode ser influenciado por grupos de interesse, instituições não governamentais e outras forças que operam nos bastidores, além da esfera política formal.

Complementarmente à teoria de Loewenstein, encontra-se a Teoria Pura do Direito, desenvolvida por Hans Kelsen (2009), quando, nessa visão de autoridade e poderio, demonstra que só se consegue vislumbrar dois caminhos adjacentes, porém intrínsecos entre si, quais sejam as leis e quem as delibera (cria). Nessa perspectiva, a autoridade repousa, primariamente, no campo de "fabricação" das necessidades sociais por intermédio das leis, que, por sua vez, deliberam quais serão as autoridades competentes para tal ato.

Nesse sentido, parece que se está num ciclo autofágico de incongruência hermenêutica, visto que, se um sujeito fabrica as leis, como pode as mesmas leis dizerem e darem autoridade a este que a fabrica? Para Kelsen (2009), esse problema se resolve sob o ponto da autoridade fundamental, ou, principal. Nesse ponto, existe uma norma suprema, unívoca e geral

que, ao topo hierarquicamente às outras, seria a “mãe” de todas as normas e, por esse motivo, nela, imperiosamente, repousa(ria) o princípio que sustenta a autoridade estatal, e, conseqüentemente, a autoridade das suas formalizações estruturais, como a democracia (Souza de Paula, 2017).

Desse modo, a autoridade estatal deriva da norma fundamental ou “*Grundnorm*”. O sistema jurídico de um Estado, por sua vez, é uma estrutura hierárquica de normas, e a norma fundamental é o alicerce que confere validade a todas as outras normas dentro desse sistema. Tem-se que a autoridade do Estado não depende de critérios éticos ou morais, mas sim da sua validade dentro do sistema legal. Assim, absorve-se a ideia de que a autoridade estatal (sistema, forma e regime de governo, implicitamente) é uma construção puramente normativa e que a legitimidade de um governo é determinada pela sua conformidade com as normas estabelecidas, em vez de juízos subjetivos de valor.

Em Kelsen:

A democracia, portanto, é como um sistema jurídico que, em última instância, repousa sobre a autoridade do Estado de Direito. Tal sistema, deste modo, não poderia existir sem uma estrutura jurídica que estabelecesse as regras do jogo político. Assim, a legitimidade da democracia decorre da conformidade estrita com as normas legais e constitucionais. [...] A democracia não é apenas um sistema de tomada de decisões majoritárias, mas também um sistema legal que impõe limites e procedimentos claros para garantir a legalidade e a estabilidade (Kelsen, 2009, p. 31).

O supracitado autor também destacava que a democracia não deve ser confundida com a ideia de que a maioria sempre tem razão, mas sim com a noção de que o poder deve ser exercido de acordo com as normas legais estabelecidas (Kelsen, 2009). Dessarte, a democracia é um instrumento de resolver conflitos políticos de maneira pacífica, institucionalizando processos decisórios e garantindo que as decisões sejam tomadas de acordo com procedimentos legais. Dessa maneira,

a democracia está intrinsecamente ligada à ideia de Estado de Direito e à supremacia das normas jurídicas sobre a vontade arbitrária.

Quando se fala em autoridade e democracia, deve-se ater à premissa de que democracia e poder estão intrinsecamente interligados, e a maneira como o poder é distribuído e exercido é uma característica essencial de qualquer sistema democrático (Souza de Paula, 2017).

A democracia busca descentralizar o poder e conferir a ele um caráter participativo, permitindo que os cidadãos tenham voz nas decisões políticas. Ela visa mitigar o risco de abusos de poder ao estabelecer regras e limites claros para o governo e garantir a prestação de contas dos líderes eleitos. No entanto, a democracia também reconhece a necessidade de autoridade para governar eficazmente, e, portanto, busca um equilíbrio entre a autoridade do Estado e os direitos e liberdades dos cidadãos.

O objetivo primeiro de um sistema democrático é empoderar os indivíduos por meio do exercício do poder político de forma responsável, legítima e de acordo com a vontade coletiva, enquanto mantém um controle rigoroso sobre os excessos de poder para preservar a liberdade e a justiça.

A autoridade no sistema democrático deriva do princípio da soberania popular, que significa que o poder político em uma democracia é baseado na vontade do povo. A autoridade é concedida pelos cidadãos por meio de processos democráticos, como eleições.

Algumas premissas são caracterizadoras e condição *sine qua non* para uma democracia genuína, como eleições livres e justas, Constituição e Estado de Direito, separação de poderes, legalidade e prestação de contas, respeito aos direitos humanos e legitimidade, sendo imperioso que, na falta de uma ou algumas dessas, ainda que a nomenclatura se refira como democracia, o que se terá é um protótipo estrutural e orgânico da real consecução da democracia (Streck, 2007).

Quando se fala em eleições livres e justas, anota-se que os cidadãos elegem seus representantes e líderes por meio de eleições livres e justas. Quando os candidatos são eleitos com base na maioria dos votos, eles adquirem autoridade para tomar decisões e governar em nome dos eleitores.

No tocante à Constituição e Estado de Direito, tem-se que a autoridade é ancorada em uma Constituição ou conjunto de leis fundamentais que estabelecem os princípios e limites do governo. A Constituição define as regras do jogo e garante que os direitos individuais sejam protegidos (Ribeiro, 2018).

Por sua vez, quanto à separação de Poderes, absorve-se que, em muitas democracias, a autoridade é distribuída entre diferentes ramos do governo, como o Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa separação de poderes ajuda a evitar a concentração excessiva de autoridade em uma única instituição.

Já em relação à legalidade e prestação de contas, esta se dirige instintiva e imperiosamente aos líderes eleitos, que devem agir de acordo com as leis e regulamentos estabelecidos. Além disso, eles são responsáveis perante os eleitores e estão sujeitos a prestar contas por suas ações e decisões. A legalidade deve ser observada em sentido de autoridade e da população em geral, sendo esta sua aplicabilidade em sentido amplo do princípio.

Acerca do respeito aos direitos humanos, assenta-se a premissa de que a autoridade em um sistema democrático deve respeitar os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. Isso inclui o respeito à igualdade perante a lei, a liberdade de expressão e a participação política (Streck, 2007).

No que tange à legitimidade, intrinsecamente ligada à legalidade, anota-se que a autoridade é legitimada pelo consentimento dos governados. Quando as eleições são realizadas de maneira justa e os líderes atuam de acordo com a Constituição e as leis, eles ganham a legitimidade necessária para exercer a autoridade (Bonavides, 2000).

Entende-se que a autoridade, no sistema democrático, é uma expressão da vontade popular, garantida e limitada pelo Estado de Direito, e constantemente sujeita à prestação de contas e à revisão pelos cidadãos por meio de eleições e outros mecanismos democráticos.

Desse modo, tem-se que a democracia e o poder estão intrinsecamente interligados, e a maneira como o poder é distribuído e exercido é uma característica essencial de qualquer sistema democrático. A democracia busca descentralizar o poder e conferir a ele um caráter participativo, permitindo que os cidadãos tenham voz nas decisões políticas. Ela visa mitigar o risco de abusos de poder ao estabelecer regras e limites claros para o governo e garantir a prestação de contas dos líderes eleitos.

3.1 Historicidade da função militar nas constituições republicanas

Para se entender melhor tal nexos causal, deve-se, imperiosamente, haver um recorte temporal e hermenêutico acerca das Constituições do Brasil⁵ e a aplicabilidade do poder pelos militares e, de maneira sintética, compreender como se deu a (equivocada) ideia de que este age como Poder Moderador nos atuais dias, conforme interpretação do artigo 142 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Durante a Primeira República, os militares desempenharam um papel significativo na política brasileira, com vários presidentes sendo ex-militares. A Política dos Governadores, que permitia o controle político dos estados pelos militares, foi uma característica marcante desse período. A Revolta da Armada (1893-1894) e a Revolta da Vacina (1904)

⁵ Essas ideias foram sendo estabelecidas pelos(as) militares, no decorrer de sua história, haja vista que a Carta de 1824 afirmava que todos os cidadãos eram obrigados a defender a independência e a integridade do Império, sendo competência privativa do Executivo seu emprego, vedando-se a reunião da força militar sem a convocação da autoridade legítima. Não existia, naquele momento, poder militar, havendo apenas um agregado de homens, não podendo se afirmar que as Forças Armadas eram, naquele momento, autônomas (Oliveira, 2022).

são exemplos de intervenções militares em conflitos internos (Bonavides, 2000).

Nas lições de Oliveira, tem-se que:

Durante o período de 1889 a 1930, que abrange o início da República Velha no Brasil, as Forças Armadas desempenharam um papel central na política do país. Logo após a Proclamação da República em 1889, o poder foi assumido por militares, com o Marechal Deodoro da Fonseca se tornando o primeiro presidente do Brasil. Este evento marcou o início de um período conhecido como 'República das Espadas', caracterizado pela influência militar no governo (Oliveira, 2022, p. 55).

As Forças Armadas estiveram envolvidas em uma série de conflitos políticos e sociais nesse período. A Política dos Governadores, por exemplo, permitiu que os militares exercessem controle sobre os estados, influenciando diretamente a política local. Além disso, houve diversas revoltas e insurreições, como a Revolta da Armada (1893-1894) e a Revolta da Vacina (1904), nas quais os militares desempenharam papéis de destaque (Ferreira e Delgado, 2018).

No entanto, o poder militar não foi unificado e constante ao longo desse período, com diferentes facções militares competindo pelo controle político. Isso levou a uma instabilidade política considerável, que só foi resolvida com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930, marcando o fim desse período e o início de uma nova era na política brasileira.

Em relação à época conhecida como "Era Vargas", anota-se que, Getúlio Vargas, um ex-militar, assumiu o poder em 1930 e estabeleceu um governo autoritário, com forte influência das Forças Armadas (Bonavides, 2000).

Durante o período de 1930 a 1937, o Brasil passou por uma série de mudanças políticas significativas, com os militares desempenhando um papel central na condução dos eventos. A Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, marcou o início desse período e resultou na queda do governo de Washington

Luís. Vargas, embora não fosse um militar, contou com o apoio de setores das Forças Armadas em sua ascensão ao poder.

Para Oliveira:

Uma das principais características desse período foi a centralização do poder nas mãos de Vargas. Em 1930, ele assumiu a presidência e governou por meio de decretos, estabelecendo um governo provisório que duraria até a promulgação de uma nova Constituição em 1934. Durante esse período, os militares desempenharam um papel importante na estabilização política do país, apoiando o governo de Vargas e ajudando a suprimir revoltas e levantes (Oliveira, 2022, p. 57).

Em 1937, Vargas deu um golpe de estado, dissolvendo o Congresso Nacional e instituindo o Estado Novo, um regime autoritário. Embora o golpe tenha sido liderado por civis, Vargas manteve o apoio de uma parte das Forças Armadas para consolidar seu poder. Durante o Estado Novo, os militares continuaram a exercer influência substancial na política, apoiando o regime e ocupando posições-chave no governo. Esse período de autoritarismo só chegaria ao fim em 1945, com o fim do Estado Novo e a redemocratização do Brasil.

No período de 1937 a 1945, o Brasil esteve sob o regime autoritário conhecido como Estado Novo, liderado por Getúlio Vargas. Durante esse período, os militares desempenharam um papel significativo na sustentação e manutenção do governo autoritário, contribuindo para a estabilidade do regime (Napolitano, 2016).

O Estado Novo chegou ao fim em 1945, quando pressões políticas e mudanças no cenário internacional levaram à redemocratização do Brasil. Apesar de seu papel no apoio ao regime autoritário, as Forças Armadas também tiveram um papel crucial na transição para a democracia, garantindo a estabilidade política durante esse processo (Napolitano, 2016).

No período de 1945 a 1964, as Forças Armadas no Brasil desempenharam um papel variado e evolutivo na política do país. Após o fim do Estado Novo em 1945, o Brasil viveu um período de redemocratização, com a realização de eleições

livres. Durante essa fase inicial, os militares estavam, em grande parte, subordinados às instituições democráticas, e a política brasileira foi caracterizada por uma alternância no poder entre diferentes partidos e líderes civis (Napolitano, 2016).

No entanto, ao longo desse período, cresceu o descontentamento de alguns setores militares com a instabilidade política e a corrupção no governo civil. Esse descontentamento culminou no Golpe Militar de 1964, quando as Forças Armadas tomaram o poder, depuseram o presidente João Goulart e estabeleceram um regime militar autoritário que duraria até 1985. Assim, a partir da metade desse período, as Forças Armadas deixaram de ser meros observadores da política e se tornaram atores ativos, impondo sua influência sobre o país por meio de um governo autoritário.

Durante o período da ditadura militar no Brasil, que durou de 1964 a 1985, as Forças Armadas exerceram um papel central na política do país. O golpe militar de 1964 depôs o presidente João Goulart e estabeleceu um regime autoritário que tinha como objetivo, segundo os militares, combater a ameaça comunista e manter a ordem interna. As Forças Armadas tomaram o controle do governo e suspenderam os direitos civis e políticos, governando por meio de decretos e atos institucionais.

Em Oliveira, absorve-se que:

As Forças Armadas desempenharam um papel ativo na repressão à oposição política durante a ditadura. Isso incluiu censura à imprensa, perseguição a dissidentes políticos, prisões arbitrárias e tortura. O regime militar também promoveu uma série de medidas autoritárias, incluindo a cassação de mandatos de políticos, intervenções em sindicatos e universidades, e a imposição de uma legislação restritiva (Oliveira, 2022, p. 59).

Além disso, as Forças Armadas exerceram um controle significativo sobre a economia e a infraestrutura do país, supervisionando projetos de desenvolvimento e investimento. O regime militar promoveu o "milagre econômico" na década

de 1970, um período de rápido crescimento econômico, mas também caracterizado pela concentração de poder e riqueza nas mãos de uma elite, enquanto a repressão política continuava. A ditadura militar no Brasil só chegou ao fim em 1985, com a redemocratização do país e a eleição de um presidente civil.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, as Forças Armadas no Brasil tiveram seu papel redefinido em relação aos anos anteriores da ditadura militar. A nova Constituição estabeleceu os princípios democráticos e os direitos civis como fundamentais, limitando o poder das Forças Armadas em questões políticas internas. As Forças Armadas passaram a ser subordinadas ao poder civil, com o presidente da República como o comandante supremo, garantindo a primazia do poder civil sobre o militar.

Nas assertivas de Oliveira:

O principal foco das Forças Armadas sob a Constituição de 1988 tem sido a defesa nacional e a segurança do território brasileiro. Elas também desempenham um papel importante na manutenção da ordem interna em situações de emergência, como desastres naturais e distúrbios civis. Além disso, as Forças Armadas têm contribuído para missões de paz internacionais sob a égide das Nações Unidas, refletindo um compromisso com a paz e a estabilidade global (Oliveira, 2022, p. 62).

Embora tenha havido um afastamento significativo dos militares da política partidária desde a redemocratização, a memória da ditadura militar ainda é um tema sensível no Brasil. As Forças Armadas continuam a ser uma instituição importante no país, mas seu papel está estritamente limitado à defesa nacional e ao apoio em situações de emergência, garantindo a preservação do sistema democrático estabelecido pela Constituição de 1988.

4 A TENTATIVA DE DERRUBADA DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI – FAKE NEWS, ATOS GOLPISTAS E O INVOQUE TERATOLÓGICO DO ARTI- GO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Contemporaneamente, no Brasil, a democracia está cotidianamente em xeque. Sob a perspectiva do povo, na eventual desconfiança dos legitimados e legitimantes. Na visão dos legitimados, a noção de (des)ordem insaciável do ponto de vista estrutural e operacional. Nesse conflito latente, desponta-se, imperiosamente, um fenômeno social que, a partir de suas ramificações estruturais, deságua, conseqüentemente, em ações negativas e que maculam o sistema democrático brasileiro, quais sejam as *fake news*⁶ e sua aplicabilidade no campo eleitoral.

Fake news,⁷ termo em inglês para "notícias falsas", são informações deliberadamente enganosas, fabricadas ou distorcidas, que são apresentadas como fatos verdadeiros, geralmente disseminadas por meios de comunicação, redes sociais ou outras plataformas digitais. Essas informações, muitas vezes, têm o objetivo de enganar o público, influenciar a opinião pública, ganhar dinheiro por meio de cliques ou promover agendas políticas, ideológicas ou comerciais. As *fake news* podem se manifestar de várias formas, incluindo artigos de notícias falsas, imagens ou vídeos manipulados, boatos infundados e teorias da conspiração.

⁶ O fenômeno das *fake news* tornou-se especialmente preocupante na era digital, pois a disseminação rápida e ampla de informações falsas pode ter sérias consequências. Isso inclui a desinformação do público, a polarização da sociedade, o enfraquecimento da confiança nas instituições de mídia tradicionais e, em casos extremos, a incitação à violência. Combater as *fake news* é um desafio constante que envolve a educação do público, o desenvolvimento de ferramentas de verificação de fatos e a promoção de jornalismo responsável e ético, bem como a regulamentação das plataformas de mídia social para limitar a disseminação de informações falsas (Dourado, 2020).

⁷ Adicionalmente, há ainda a ideia de "mal-information", quando a informação está baseada na realidade (e não em falsidade), mas é usada para gerar prejuízos, como as mensagens sustentadas em discurso de ódio (Wardle; Dourado, 2020).

Sua aplicabilidade tem influenciado deveras o sistema democrático pátrio, e de modo negativo, visto que, a partir dessas más informações, o sistema eleitoral brasileiro, por exemplo, no ano de 2022, foi colocado em xeque por grupos extremistas que defendiam, entre outras, medidas para que os votos pudessem ser impressos, sob a fundamentação de que as urnas eletrônicas não eram confiáveis e que poderiam ser manipuladas (interna ou externamente), na ânsia de eleger um candidato em detrimento de outros.

Sabe-se que, no Brasil, ainda não existe uma legislação específica que defina categoricamente o que é fake news, e, desse modo, abaliza-se nos tipos penais de crimes contra a honra (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal brasileiro) (Brasil, 1940), ou ainda em legislações esparsas que criminalizem pontualmente alguns atos e ou omissões como prejudiciais à democracia, principalmente no que diz respeito à internet.

Nesse sentido, Leite anota que

no Brasil, tal matéria foi regulada pela Lei n. 12.965/2014, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, primando pela liberdade de expressão e pelo princípio da não censura, com intervenções somente no caso de conteúdo considerado ilegal por determinação judicial. A seção III do Marco Civil da Internet, que trata 'Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros', determina em seu artigo 19 que os provedores não serão responsabilizados pelo conteúdo publicado por usuários em suas plataformas, exceto se, notificados judicialmente, não removerem o conteúdo no prazo determinado, dentro dos limites técnicos de seu serviço (Brasil, 2014). A lei determina também que quando o conteúdo configurar crime contra a honra, a reputação ou ofensa a direitos da personalidade, a pessoa lesada poderá requerer a sua retirada ou reparação pelos danos decorrentes nos Juizados Especiais. Facilita, assim, o acesso à justiça por parte do ofendido, considerando que, em alguns casos, o Juizado Especial permite a propositura de ação sem intermédio de advogado (Leite, 2019, p. 143).

Não há como dimensionar a extensão que cada má informação causa nem tampouco deliberar acerca de que caminhos esta percorre. Contudo, existem mentiras que, quando bem patrocinadas, ganham dimensões inexplicáveis e maculam o sistema democrático do Estado. Nesse mote, tem-se que umas das principais *fake news* aplicadas contemporaneamente pelos extremistas autoritários seria o inócuo do artigo 142 da Constituição Federal (delibera sobre as Forças Armadas e sua atuação no Estado Democrático de Direito) (Brasil, 1988), desejando que esta tomasse o poder e construísse uma “nova nação”, livre do que eles (extremistas) denominam de “ameaça comunista”, para se referirem aos que defendem pautas progressistas no Brasil.

Nesse liame hermenêutico, de acordo com o artigo 142 da Constituição Federal do Brasil, os militares não são o poder moderador no país. O artigo 142 trata das Forças Armadas e estabelece seu papel e suas atribuições no contexto da segurança nacional e da defesa da pátria. Ele define que as Forças Armadas, compreendendo o Exército, a Marinha e a Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, subordinadas aos poderes constitucionais e destinadas à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988).

O Poder Moderador não é uma característica do sistema político brasileiro, conforme estabelecido na Constituição de 1988 (Brasil, 1988). O termo “poder moderador” historicamente esteve presente em algumas constituições brasileiras anteriores, como na Constituição de 1824, mas que não faz parte da atual ordem constitucional do país. Portanto, o papel das Forças Armadas no Brasil, conforme definido pela Constituição de 1988, está limitado à defesa da pátria e ao cumprimento das determinações dos poderes constitucionais, sem ter a prerrogativa de atuar como um poder moderador.

Nesse mote, o artigo 142 da Constituição Federal de 1988 não é uma autorização para “golpe militar”. O texto do artigo 142 estabelece o papel e as atribuições das Forças Armadas no

Brasil, todavia não confere poderes para que elas intervenham na política de maneira arbitrária. O artigo afirma que as Forças Armadas se destinam à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e à lei e à ordem (Brasil, 1988).

Para Dourado:

A expressão 'garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem' significa que as Forças Armadas podem ser convocadas em situações excepcionais, sob a autoridade do presidente da República e com aprovação do Congresso Nacional, para restaurar a ordem em caso de grave perturbação da paz ou de ameaça às instituições democráticas, como ocorre em situações de estado de defesa ou estado de sítio. No entanto, essa ação deve estar estritamente alinhada com os princípios democráticos e dentro dos limites da Constituição, não podendo ser usada como justificativa para um golpe militar. A Constituição de 1988 reafirma o compromisso com o Estado de Direito e a democracia, e qualquer ação contrária a esses princípios seria inconstitucional (Dourado, 2020, p. 53).

Dessarte, tentar aplicar o artigo 142 da Constituição Federal de modo equivocado pode representar uma ameaça ao sistema democrático brasileiro. O artigo 142 estabelece as atribuições das Forças Armadas no Brasil, especificando que elas são destinadas à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e à lei e à ordem (Brasil, 1988). Qualquer tentativa de interpretar ou aplicar esse artigo de forma inadequada, fora dos limites constitucionais estabelecidos, pode minar a estabilidade democrática do país.

A interpretação equivocada do artigo 142 poderia ser usada como justificativa para intervenções militares não autorizadas na política, o que seria uma clara violação da ordem democrática. Isso poderia levar a uma situação de instabilidade política e social, com graves consequências para a governança e os direitos civis no Brasil.

É fundamental que a aplicação da Constituição seja feita de acordo com seus princípios democráticos e com o devido respeito às instituições e aos processos democráticos

estabelecidos. Qualquer tentativa de usar o artigo 142 de forma equivocada para minar a democracia deve ser rejeitada e combatida, a fim de preservar os valores democráticos e o Estado de Direito no Brasil.

4.1 Referendo e plebiscito como mecanismos de fortalecimento democrático na tomada de decisões políticas e a reafirmação da soberania popular

O referendo é um mecanismo de consulta popular que permite que os cidadãos expressem sua opinião sobre questões específicas, como mudanças na Constituição ou leis importantes. No Brasil, o referendo tem uma história relativamente curta em comparação com outras nações com sistemas democráticos mais estabelecidos. A Constituição Federal de 1988 introduziu a possibilidade de referendos como parte do processo democrático no país.

O primeiro referendo realizado no Brasil ocorreu em 2005, quando os eleitores foram consultados sobre a proibição da venda de armas de fogo e munição no país. A maioria dos eleitores votou contra a proibição, mantendo o comércio de armas legalizado. Desde então, houve outros referendos e plebiscitos em questões como a divisão de estados e municípios e a criação de novos municípios. No entanto, essas consultas populares não são tão comuns quanto as eleições regulares e ocorrem apenas quando questões importantes são submetidas à votação.

O referendo no Brasil é um reflexo do compromisso democrático do país em permitir que os cidadãos participem ativamente do processo político e tomem decisões importantes que afetam a nação. É um mecanismo importante para a expressão da vontade popular em questões específicas, mas seu uso tem sido relativamente limitado até o momento (Dourado, 2020).

Por sua vez, o plebiscito é um mecanismo de consulta popular que permite aos cidadãos decidirem sobre questões

fundamentais, como mudanças na Constituição ou temas de grande relevância nacional. No Brasil, a história do plebiscito remonta ao período imperial, com destaque para o plebiscito realizado em 1824 para aprovar a primeira Constituição do Império do Brasil (Figueiredo, 1993). No entanto, após a Proclamação da República em 1889, houve um intervalo significativo até a reintrodução do plebiscito no sistema político do país.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a realização de plebiscitos e referendos como mecanismos de consulta popular, fortalecendo a democracia brasileira. Desde então, vários plebiscitos foram realizados em questões cruciais, como a escolha do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), em 1993, e a criação do Estado do Tocantins a partir de partes do Estado de Goiás em 1988. Outros plebiscitos e consultas populares ocorreram em nível estadual e municipal para questões como a divisão de estados e municípios.

Os plebiscitos no Brasil desempenham um papel importante ao permitir que os cidadãos expressem sua opinião sobre questões que afetam diretamente suas vidas e a estrutura do governo. Eles são um componente essencial da democracia participativa no país e demonstram o compromisso do Brasil com a inclusão dos cidadãos na tomada de decisões políticas importantes (Dourado, 2020).

Por esse motivo, os referendos e plebiscitos podem ser usados como instrumentos de tomada de decisões políticas no Brasil. Eles são mecanismos democráticos que permitem aos cidadãos participarem diretamente na tomada de decisões sobre questões de relevância nacional, estadual ou municipal.

Referendos e plebiscitos permitem que os cidadãos exerçam sua cidadania de maneira ativa, participando diretamente de decisões políticas importantes. Isso fortalece a democracia e promove o envolvimento cívico, aumentando a conscientização e o interesse da população nas questões públicas.

De igual modo, quando uma decisão política é tomada por meio de um referendo ou plebiscito, ela ganha legitimidade adicional, pois reflete diretamente a vontade da maioria da população. Isso contribui para uma maior transparência e confiança nas instituições democráticas, pois as decisões são tomadas de maneira mais aberta e inclusiva (Dourado, 2020).

Esses mecanismos são especialmente úteis para resolver questões complexas ou controversas, nas quais há diferentes opiniões e interesses. Ao submeter essas questões ao voto popular, os referendos e plebiscitos permitem que a sociedade decida a melhor abordagem, promovendo o consenso e evitando conflitos prolongados.

Referendos e plebiscitos atuam como um mecanismo de controle do poder, garantindo que decisões políticas importantes não sejam tomadas apenas por elites políticas, mas que levem em consideração a vontade da maioria da população. O plebiscito e o referendo são mecanismos importantes de controle de poder no Brasil, que permitem aos cidadãos exercerem sua soberania e influenciarem diretamente na tomada de decisões políticas de grande relevância. O plebiscito é usado para consultar a população antes de uma decisão ser tomada, enquanto o referendo ocorre após a decisão ter sido tomada pelo poder público. Ambos os instrumentos servem como ferramentas de supervisão e controle democrático.

Esses mecanismos têm sido aplicados em questões cruciais da política brasileira, como a escolha do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), a criação de novos estados ou municípios, a proibição da venda de armas de fogo e a reforma política. Permitem que os cidadãos exerçam sua voz e influenciem diretamente na legislação e nas políticas públicas, contribuindo para a transparência e a legitimidade do processo político.

Assim, o plebiscito e o referendo podem (e devem) desempenhar um papel fundamental no sistema democrático brasileiro, garantindo que as decisões importantes sejam tomadas com consideração à vontade da maioria da população.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a democracia e suas nuances no sistema político brasileiro. Apresentou-se o conceito de democracia e sua historicidade, sendo que, na antiguidade, esta era desempenhada apenas por algumas seletas pessoas e, apesar de representar a participação do “povo” nas decisões da vida política estatal, não continha a estrutura contemporânea.

Deliberou-se acerca da visão filosófica de democracia e sua aplicabilidade estatal, quando se compreendeu que a esta se atrela, imperiosamente, a figura do Poder, que não necessariamente está vinculada à pessoa, e sim às concordâncias e discordâncias incomuns de algum agrupamento de pessoas, sendo materializada, nos dias atuais, em suma, por Constituições (escritas ou não). Estas, por seu turno, representam legitimamente quem deverá atrelar-se ao poder momentaneamente.

Expôs-se o conceito de fake news e sua aplicabilidade no contexto democrático pátrio, inclusive a sua influência no sistema eleitoral brasileiro, entendendo que esta se amolda principalmente em solos extremistas e com fulcro em atingir o complexo democrático por inteiro.

Apresentou-se o teratológico invoque do artigo 142 da Constituição Federal sob o prisma argumentativo de Lei e Ordem, configurando uma suposta tomada de poderio pelas Forças Armadas no Brasil, que, após dissolverem as Instituições e os outros Poderes, almeja(va)m que um “novo Estado” fosse erguido, longe da “ameaça comunista”, o que, por óbvio, não prospera, pois o papel das Forças Armadas é atuar em consonância para garantir a democracia e não a obliterar.

Por fim, apresentou-se o plebiscito e o referendo como instrumentos democráticos de participação popular, que devem ser mais utilizados na perspectiva de decisões políticas importantes no Brasil, sendo mecanismo hábil na consecução dos direitos e garantias fundamentais bem como na manutenção e garantia da democracia no país.

Concluiu-se que a democracia está cotidianamente sob avaliação popular – em xeque, e atos como fake news e o desinteresse popular podem ser prejudiciais à democracia a longo prazo. Todavia, o sistema democrático ainda continua sendo o que mais se aproxima da igualdade e justiça, seja no âmbito jurídico, político, econômico ou social.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução de Estevão Bosco. *Ideias*, Campinas, v. 1, n. 2, p. 229-253, 2010. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649300>. Acesso em: 29 jan. 2025.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. Tradução de Edmundo Barreiros. 3. ed. São Paulo: Fundamento, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. São Paulo: Ed. Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição Federal [(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de set. de 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de set. de 2024.

CASTORIADIS, Cornelius. *Philosophy, politics, autonomy: essays in Political Philosophy*. Editado e traduzido por David Ames Curtis. New York/Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 201.

CASTORIADIS, Cornelius. *Sujeito e verdade no mundo social-histórico: seminários 1986-1987: a criação humana I*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. *Fake news na eleição presidencial de 2018 no Brasil*. 2020. 308f. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura) - Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/31967/1/Tese_Tatiana%20Dourado.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). *O Brasil republicano: o tempo do liberalismo oligárquico: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. v. 1.

FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. *O plebiscito e as formas de governo*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FINLEY, Moses. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Roberdo Junior. São Paulo: Ed. Graal, 1988.

HABERMAS, Jurgen. *Legitimation crisis*. Tradução de Thomas McCarthy. São Paulo: Atlas, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Leonardo Ripoll Tavares. “Fake news” e “viralização”: responsabilidade legal na disseminação de desinformação. *Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação*, [s. l.], v. 15, n. esp, p. 143-156, 2019. Disponível em: <https://rbbd.febab.org.br/rbbd/article/view/1364/1176>. Acesso em: 20 set. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political reconstruction*. Literary Licensing, LLC, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

NAPOLITANO, Marcos. *História do Brasil República: da queda da monarquia ao fim do Estado Novo*. São Paulo: Contexto, 2016.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004.

OLIVEIRA, David Barbosa de. Forças Armadas e os Poderes civis constituídos: a democracia brasileira entre o “Poder Moderador” e o controle civil sobre os(as) militares. *Revista de Direito Brasileira*, [s. l.], v. 32, p. 54-68, 2022.

RIBEIRO, Renato J. *A democracia*. São Paulo: Publifolha, 2018.

SCHMITT, Carl. *Teoria da Constituição*. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA DE PAULA, Fábio de; ASSIS REIS, João Emílio de. Do berço do constitucionalismo à sua dimensão moderna: Europa e Brasil. *Revista Diorito*, [s. l.], v. 1. n. 1, p. 102-134, jul./dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

VEYNE, Paul. Os gregos conheceram a democracia? *Revista Diógenes*, Brasília, DF, UnB, n. 6, p. 276-291, 1999.

200
anos



**MANDATOS COLETIVOS E COMPARTILHADOS:
UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE
DAS CANDIDATURAS COLETIVAS**

**COLLECTIVE MANDATES:
AN ANALYSIS OF THE CONSTITUCIONALITY OF
COLLECTIVE CANDIDACIES**

Henrique Abi-Ackel Torres¹
Júlia Garcia Resende Costa²

RESUMO

Diante de uma crise de representatividade, o processo eleitoral passou a se deparar com as candidaturas coletivas, que representam um grupo de pessoas para estar à frente da tomada de decisões políticas. No entanto, apesar do crescente número desses grupos nos últimos pleitos eleitorais, até o momento, a regulamentação das candidaturas ficou a cargo do poder atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral, inexistindo dispositivo legal que trate do exercício desses mandatos. Diante do crescimento desse instituto no processo eleitoral, este artigo apresenta um estudo destinado à compreensão do que são os mandatos coletivos e compartilhados, bem como sua constitucionalidade à luz da democracia participativa estabelecida no art. 14 da Constituição da República.

Palavras-chave: Direito Eleitoral; sistema representativo; mandato coletivo; democracia; candidaturas coletivas.

¹ Doutor em Direito Penal e Processual pela Universidad de Sevilla (Espanha), professor da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação e pós-graduação *stricto sensu*) e Ibmec-BH (graduação), desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: henrique.abi-ackel@tjmg.jus.br.

² Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, advogada. E-mail: julia.grc@hotmail.com.

ABSTRACT

Amid a crisis of representativeness, the electoral process has encountered collective candidacies, which represent a group of people in political decision-making. However, despite the increasing number of these groups in recent elections, the regulation of such candidacies has so far been entrusted to the authority of the Superior Electoral Court, with no legal provisions governing the exercise of these mandates. Given the growth of this concept within the electoral process, this article presents a study aimed at understanding collective and shared mandates, as well as their constitutionality in light of the participatory democracy established in Article 14 of the Constitution of the Republic.

Keywords: Electoral Law; representative system; collective mandate; democracy; collective candidacies.

1 INTRODUÇÃO

Com o argumento de uma maior representatividade política, a democracia brasileira tem experimentado as denominadas candidaturas coletivas e compartilhadas ao longo dos últimos pleitos eleitorais. Os grupos de pessoas que buscam concorrer a cargos legislativos, de modo a efetivar mandatos coletivos ou compartilhados, desafiam os modelos tradicionais de poder e representação, enquanto buscam ampliar o exercício da política e da tomada de decisões.

Apesar de os mandatos coletivos e compartilhados terem ganhado maior destaque nos últimos pleitos, esses vêm sendo aprimorados dentro da realidade brasileira desde a promulgação da Constituição da República. A iniciativa se dedica a apresentar aos cidadãos uma sofisticação na deliberação de políticas públicas, agregando uma maior diversidade de ideias e capilarizando os interesses defendidos, abarcando um

número maior de autores diante das adversidades que surgem na vida política dos cidadãos (Portugal; Barreiros Neto, 2021, p. 2). Dentro do campo de inovações políticas, essa forma de mandato merece destaque por suas peculiaridades, tratando-se do exercício do mandato legislativo no qual o mandatário assume o compromisso de dividir o poder com os cidadãos ali representados por um grupo de pessoas (Oliveira, 2023, p. 24).

Não obstante o crescimento ao longo dos últimos anos, as candidaturas coletivas e o seu exercício, quando transformadas em mandato, ainda não possuem previsão expressa na legislação para sua proposição, da mesma forma que não há regulamentação quanto ao exercício do mandato quando eleito (Segurado; Amorim, 2023, p. 23). Entretanto, na tentativa de regulamentar esse novo modelo, o Tribunal Superior Eleitoral vem editando normas com vistas a regulamentar o que a Resolução nº 23.609/2019 – com as alterações promovidas pela Resolução nº 23.675/2021 – denomina “candidaturas promovidas coletivamente”. Ainda em trâmite legislativo, há projetos de lei e emenda à Constituição que buscam tratar do tema, como é o exemplo do Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, que se destina a substituir o atual Código Eleitoral, passando a reunir toda a legislação eleitoral brasileira e, entre as suas disposições, regulamentar as denominadas candidaturas coletivas.

No entanto, ainda predomina, no cenário político brasileiro, o mandato tradicional, no qual o representante possui a liberdade de exercício do cargo, para exercê-lo conforme os interesses que representa individualmente, regido pelos parâmetros partidários, votando de acordo com sua conveniência e convicção. Esse modelo de candidatura e exercício do mandato é aquele literalmente definido pela Carta Constitucional de 1988 e pelo ordenamento jurídico, o que leva à compreensão dos mandatos coletivos e compartilhados com certa estranheza pelos cidadãos.

Por isso, com o intuito de elucidar o instituto, o presente trabalho visa compreender o conceito das candidaturas coletivas

e sua constitucionalidade à luz do art. 14 da Constituição da República.

2 O SISTEMA REPRESENTATIVO DENTRO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, é um reflexo do ambiente político vivido pelo Brasil nos anos anteriores. Após um período histórico marcado pela relativização dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Constitucional surgiu em um espírito democrático que se destinou, por meio de discussões e intensa participação da sociedade, a inovar no âmbito dos direitos humanos e políticos. Precisamente neste último, a Constituinte não mediu esforços para aclarar o regime político vigente no Estado brasileiro, estabelecendo, em seu art. 1º, parágrafo único, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (Brasil, 1988).

O Estado brasileiro, diante de sua disposição constitucional, buscou adotar um mecanismo de participação social no qual predominantemente organiza a estrutura básica em um poder representativo, mas define outros meios para que os cidadãos participem ativamente da gestão pública e das decisões políticas dos entes federativos. Conforme Capucelli e Becak,

A Constituição de 1988 trouxe uma série de elementos que não se restringem à participação do cidadão apenas como eleitor, mas colocam à sua disposição uma série de mecanismos que direta ou indiretamente o aproximam do procedimento deliberativo e decisório em todos os três poderes, além de prever condições de fiscalizar e acompanhar os atos governamentais e administrativos (Capucelli; Beçak, 2017, p. 66).

A consolidação do regime democrático, principal objetivo implementado pela Carta Constitucional de 1988, perpassa a ideia do equilíbrio entre o sistema representativo

e a participação popular, seja de forma direta ou indireta, com vistas a garantir que os cidadãos tenham conhecimento e possam atuar no procedimento deliberativo e decisório do país. A sustentação da democracia como forma de governo decorre da soberania popular, exercida por meio do voto direto, secreto, universal e periódico, o qual é um direito garantido e assegurado aos cidadãos (Brasil, 1988).

A democracia representativa deve ser compatibilizada com a participação popular. É preciso conciliar o exercício de representantes livremente eleitos pelo povo com a participação direta do cidadão, dentro do possível. Como regra, o sistema representativo oportuniza que os cidadãos elejam seus representantes, oportunizando ainda a participação efetiva e direta nas decisões governamentais, por meio de plebiscito, referendo ou iniciativa popular.

Por uma preocupação da Constituição Cidadã com aspectos que envolvem principalmente políticas públicas, percebe-se uma tentativa de descentralizar as competências entre o poder central e os regionais e locais. Por isso, é possível indicar mecanismos que buscam complementar as instituições representativas tradicionais, agregando às suas realidades a participação da sociedade civil (Macedo, 2008). Assim, podem-se mencionar exemplos que evidenciam a participação da população na formulação de políticas públicas: os conselhos de política pública, o orçamento participativo ou os planos diretores participativos.

Dentro do modelo do sistema representativo, o representante eleito ganha destaque no momento da tomada de decisão legislativa, lastreada na confiança atribuída por eleitores e cidadãos. É por meio do voto que se instrumentaliza a participação do cidadão, oportunidade em que se garante o exercício do direito ao sufrágio, resguardado por cláusula pétrea (Silva, 2005, p. 215). À luz das garantias e direitos constitucionais, é possível afirmar que o direito ao voto dá a sustentação necessária ao sistema representativo e ao regime democrático, com o intuito de atribuir ao processo eleitoral

a transparência necessária para garantir a autenticidade do sufrágio. O sufrágio é o ponto elementar dentro da democracia representativa, uma vez que, por meio do seu exercício, o cidadão legitimará a atuação dos governantes.

Assim, para aqueles que objetivam representar o povo sob o olhar do Poder Legislativo, o modelo constitucional vigente privilegia a participação mediante a filiação partidária, desde que sejam preenchidos os requisitos constitucionais e infraconstitucionais impostos ao cargo que se almeja concorrer. Sob a perspectiva do modelo representativo tradicional, o papel dos cidadãos ainda se restringe aos limites consultivos abertos eventualmente pelos parlamentares e partidos. A condução do poder pelo parlamentar ao votar ou propor um projeto de lei nem sempre traduz a vontade popular na sua elaboração e na expressão de preferências em votações nas comissões e em plenário. No entanto, deve-se retornar ao olhar de que o modelo constitucional, a todo momento, objetivou aproximar o povo do poder e, acrescido dos valores fundamentais à democracia, possibilitar a busca de modelos que reflitam, dentro da esfera política, a representatividade de pensamentos e ideias plurais.

A realidade política brasileira, em conformidade com o que já estava acontecendo em outros países, começou a enfrentar um desgaste. Conforme dados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral, tem ocorrido uma queda de filiações nos últimos anos, quando comparado às eleições para os mesmos níveis da federação. Para as eleições municipais, desde o ano de 2016, o Brasil tem registrado um decréscimo nos números de filiados a partidos políticos e, ainda, dentre eles, os cidadãos que tenham se filiado há menos de um ano correspondem a apenas 8,21% do total de cidadãos com vínculos partidários (TSE, 2024). Ainda para as eleições presidenciais que ocorreram no ano de 2022, foi apontado o maior nível de abstenção do eleitorado, quando 20,9% dos eleitores aptos a votar não compareceram às urnas no primeiro turno (TSE, 2022). A pesquisa divulgada pelo *Datafolha*, no ano de 2024,

indica que metade dos entrevistados não confia nos partidos políticos (Datafolha, 2024).

Tem-se, assim, percebido um movimento que tem como sintomas a baixa participação eleitoral, a redução no número de filiados a partidos políticos e a diminuição da confiança em partidos políticos. Na busca pela manutenção do viés democrático, o Estado brasileiro, diante da desconfiança de grande parcela da população no sistema representativo, tem recorrido à ampliação da esfera de decisão e ao aumento da participação de interessados. Contudo, na tentativa de colocar o sufrágio universal, o exercício do voto e a representação democrática em protagonismo, tem-se buscado uma forma de representação em um eixo sociedade-Estado, de modo que a política seja criada pelos próprios autores (Urbinati, 2006, p. 201).

Nesse contexto, surgem os mandatos coletivos e compartilhados, que, a partir do princípio da soberania popular, possibilitam um reexame do sistema representativo vigente, com o intuito de abarcar grupos minoritários que podem não estar sendo devidamente representados pelos indivíduos até então eleitos. Silva, Secchi e Cavaleiro (2021, p. 175) apontam a relevância na "experimentação e disseminação de inovações democráticas alternativas às soluções tradicionais (ex.: referendos, plebiscitos) ou reacionárias (ex.: derrubada da democracia)".

Torna-se essencial o resgate da participação dos cidadãos em processos estratégicos de tomada de decisão em políticas públicas, fazendo com que seu impacto recaia sobre todos. Somente estendendo o âmbito da tomada de decisão àqueles que quiserem participar será possível buscar inovações democráticas e encontrar um consenso sobre a melhor decisão a ser tomada. Com a transparência como princípio, a participação popular romperia com um cenário político pautado exclusivamente no modelo representativo tradicional, buscando, nos mandatos coletivos e compartilhados, uma proposta de inovação democrática.

3 MANDATOS COLETIVOS DENTRO DO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Os mandatos coletivos e compartilhados passaram a ganhar destaque no cenário político brasileiro nos últimos anos como uma forma de resposta à crise de representatividade instaurada, fazendo com que se descobrisse, nesses novos institutos, um mecanismo alternativo de exercício de cargo eletivo. Nele, a participação social em processos decisórios sobre a representatividade de minorias e pluralização de ideias torna-se o foco (Oliveira, 2023, p. 28). A apresentação é feita como estratégia inovadora para a oxigenação da representação legislativa e ampliação da possibilidade de participação da sociedade nas decisões políticas, englobando pessoas diretamente na vida legislativa com vinculação contínua entre representantes e representados (Secchi, 2019, p. 36). Nesse contexto, Secchi ressalta que,

No atual cenário de crise de representatividade, consideramos os mandatos coletivos e compartilhados uma inovação no processo de formulação de alternativas e de tomada de decisão legislativa e, também, por serem um modo de exercício de cargo eletivo em que o representante legislativo se compromete a dividir o poder com um grupo de cidadãos. O compromisso básico do representante, nesse modelo, é o compartilhamento do poder decisório com um grupo de representados. Ao invés de mera consulta, debate ou enquête com os cidadãos, o mandato vincula-se à vontade do grupo, seja ela medida via agregação de preferências (votação) ou construção de consenso (deliberação). Sendo assim, enquanto em um mandato tradicional o legislador tem a liberdade de votar de acordo com sua consciência e seus interesses, no mandato coletivo ou compartilhado, o legislador consulta algumas pessoas para então definir seu posicionamento frente a matérias que estão tramitando nos parlamentos (Secchi, 2019, p. 22).

Assim, é preciso realizar a seguinte distinção: em um mandato tradicional, o representante eleito possui a liberdade de votar e conduzir seus projetos de acordo com sua consciência,

entendendo que aquele determinado grupo de pessoas que lhe dedicou o voto lhe confiou sua representação nos moldes fixados em suas bandeiras e projetos. Quando estamos diante de um mandato coletivo ou compartilhado, é necessário existir consulta de um grupo de pessoas para, então, definir o posicionamento a ser adotado perante as matérias que estejam tramitando no parlamento.

Os mandatos coletivos e compartilhados se comprometem em compartilhar o poder decisório. A sutil diferença entre os institutos está na tomada de decisão pelos coparlamentares, pois, enquanto, no mandato coletivo, a tomada de decisão ocorre por deliberação, debate e tentativa de consenso, no mandato compartilhado, geralmente distribui-se o poder de voto de maneira individualizada para cada coparlamentar.

No tocante ao mandato coletivo, ele poderia ser definido como o agrupamento de pessoas com objetivos comuns, que lançam uma candidatura visando à eleição para um cargo eletivo, cujas responsabilidades, poder decisório e exercício do mandato são compartilhados com os coparticipantes, no intuito de garantir uma pluralidade de ideias e cooperação na tomada de decisões. Segundo Sencchi,

Os mandatos coletivos geralmente se apresentam em número reduzido de coparlamentares, que em geral se conhecem ou possuem uma proximidade. Os mandatos coletivos, via de regra, têm uma clara tendência ideológica que acaba sendo uma barreira de entrada para a participação de pessoas que não compartilham da mesma visão de mundo. Por ter número reduzido de participantes, e por estes se conhecerem, as decisões dos mandatos coletivos são tomadas, em geral, por deliberação, debate e tentativa de consenso (Secchi, 2019, p. 24).

Busca-se eleger um representante que se comprometa a compartilhar o poder de decisão com um determinado grupo de pessoas, de modo a aumentar o debate e a representação daqueles que o elegeram. Torna-se uma estratégia de ampliação da representatividade nas eleições, com o intuito de criar

oportunidades, alterar um cenário de desigualdade política e compreender a representação política como “atividade de reavivar as vozes, opiniões e perspectivas dos cidadãos nos processos de formulação das políticas públicas” (Secchi; Cavalheiro, 2017, p. 19).

No que se refere aos mandatos compartilhados, eles visam à distribuição do poder de deliberação entre os coparlamentares, que compartilham pautas e perfis ideológicos, deixando de ser o foco a representação geral da sociedade. Segundo Secchi,

Os mandatos compartilhados são aqueles que fazem a distribuição de poder de voto de maneira individualizada para cada coparlamentar. Esses mandatos, em geral, primam pela pluralidade e pela heterogeneidade de um grupo médio a grande de coparlamentares (em geral superior a 100 pessoas). Mandatos compartilhados não têm a ambição de sintetizar ‘o interesse geral da sociedade’, mas também não se fecham para a participação de pessoas de viés ideológico contrastantes. As decisões são tomadas em regra de maioria, por meio de debate e enquete em meio eletrônico entre os vários coparlamentares (Secchi, 2019, p. 24).

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto Arapyaú e a Rede de Ação Política pela Sustentabilidade – RAPS, entre os anos de 1994 e 2018, foram mapeadas 110 candidaturas coletivas ou compartilhadas em 17 estados da federação, que reuniram o total de 1.233.234 (um milhão duzentos e trinta e três mil duzentos e trinta e quatro) votos (Secchi, 2019). Dessas campanhas, 32 obtiveram êxito eleitoral e se transformaram em mandatos parlamentares que decidiram inovar no engajamento cidadão junto ao Poder Legislativo e seus representantes.

Dentro do cenário político brasileiro, o pioneiro no mandato coletivo foi o mineiro Durval Ângelo, enquanto deputado estadual, ao promover conselhos políticos que possibilitaram a participação da população na tomada de decisões, além de buscar o máximo de diversidade possível

nos membros presentes, entre representantes dos setores da sociedade civil, sindicatos e entidades religiosas. A preocupação em organizar aquela inovação trazida por seu mandato o levou a publicar o seu primeiro regimento interno no ano de 1999, oportunidade em que fixou os princípios norteadores de seu denominado mandato coletivo, com vistas a favorecer a organização e participação popular (Ângelo, 1999).

O cenário mineiro também apresentou outra proposta de compartilhamento de decisões dentro de um mandato eletivo, por meio do então candidato a vereador da cidade de Belo Horizonte, Gabriel Azevedo, nas eleições municipais de 2016. Na ocasião, ele oficializou, entre suas promessas de campanha, a ampliação e o compartilhamento da tomada de decisões por meio de um aplicativo de celular denominado “Meu Vereador”, ambiente criado para que os interessados pudessem influenciar diretamente suas decisões, acompanhar as pautas em votação, agendar reuniões com o parlamentar ou informar problemas na cidade (Azevedo, 2016).

Outro exemplo está no “Muitas e Gabinetona” (2017), uma iniciativa que surgiu de um grupo de ativistas em Belo Horizonte que decidiu disputar as eleições proporcionais municipais em 2016. Assim, por meio de um site, era possível que o eleitor opinasse e votasse nas propostas das candidatas. A iniciativa levou os nomes de Áurea Carolina e Cida Falabella à Câmara Municipal de Belo Horizonte, na qual elas criaram o espaço conjunto chamado “Gabinetona”, em que passaram a compartilhar o espaço com os suplentes de vereador, compartilhando decisões e a elaboração de projetos. Diante da eleição de Áurea Carolina para o cargo de deputada federal em 2019, a vereadora Bella Gonçalves deu prosseguimento ao mandato coletivo na esfera municipal junto com Cida Falabella. Também representando o coletivo “Muitas”, Andréia de Jesus foi eleita deputada estadual em Minas Gerais, o que possibilitou a integração de um mandato coletivo nas três esferas legislativas.

A regulamentação dos mandatos coletivos ou compartilhados passou a existir no âmbito do Tribunal Superior

Eleitoral (TSE) apenas a partir de 2021. Anteriormente, para concorrerem a um mandato eletivo, as candidaturas coletivas se adequavam ao modelo eleitoral previsto, no qual apenas um nome dentre os componentes da chapa constaria no registro de candidatura submetido à Justiça Eleitoral, e, caso fosse vencedor, esse seria o responsável por participar de reuniões e por exercer os direitos e obrigações atribuídos ao cargo. Isso significa que aqueles que coparticipam do denominado mandato coletivo possuem, na verdade, um compromisso informal firmado entre os participantes, que podem, por escolha, estabelecer diretrizes ou não.

Contudo, a Resolução TSE nº 23.609/2019, com as alterações promovidas pela Resolução TSE nº 23.675/2021, inovou dentro do seu poder de regulamentação das eleições pela Corte Superior Eleitoral ao passar a prever algumas questões sobre as candidaturas promovidas coletivamente. No artigo 25, parágrafos 2º ao 4º, passou a ser regulamentado o nome de urna dessas candidaturas coletivas, no qual o Tribunal Superior Eleitoral dispôs que, nesses casos, o candidato registrado poderá, de forma complementar, designar o grupo ou coletivo social que apoia sua candidatura (Brasil, 2019).

Em paralelo à regulamentação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, tramitam no Congresso Nacional algumas propostas de emenda constitucional e infraconstitucional cujo objetivo é a previsão expressa dos mandatos coletivos e compartilhados, bem como os procedimentos eleitorais sobre os institutos. Ainda em trâmite, a proposta de Emenda Constitucional nº 379/2017 (Brasil, 2017), de autoria da Deputada Federal Renata Abreu, objetiva a inclusão, no art. 14, § 2º, da Carta Magna, da possibilidade de os mandatos no âmbito do Poder Legislativo serem individuais e coletivos. Concomitantemente, o Projeto de Lei Complementar apresentado pelo Deputado Federal João Daniel (Brasil, 2020) objetiva alterar a Lei Federal nº 9.504/97, de modo a estabelecer regras para o registro e para a propaganda eleitoral de candidaturas promovidas coletivamente. O Projeto de Lei

que tramita sob o nº 4.724/20 (Brasil, 2020), proposto pelo Deputado Federal André Figueiredo, busca regulamentar o exercício coletivo do mandato eletivo no Poder Legislativo. Por fim, o Projeto de Lei Complementar nº 112/2021 (Brasil, 2021), cujo objetivo é instituir o novo Código Eleitoral brasileiro, admite o registro de candidatura coletiva nas eleições proporcionais.

Mesmo diante de diversos projetos legislativos, os mandatos coletivos e compartilhados não possuem disposição expressa na Constituição da República ou na legislação infraconstitucional, encontrando previsão apenas nas regulamentações eleitorais elaboradas pela Corte Superior Eleitoral. Por esse motivo, passa-se a averiguar a constitucionalidade das candidaturas coletivas diante do ordenamento jurídico brasileiro.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO MANDATO COLETIVO

Com o objetivo de compreender os direitos políticos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, prevê o princípio da soberania popular, considerado a base do sistema de organização política nacional na República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). Como instrumento do princípio democrático, a legitimação democrática ocorre por meio do sufrágio, que converte a vontade política em posição de poder (Canotilho, 1993, p. 432). Sob o olhar de Paulo Bonavides (2006, p. 245), é o sufrágio que confere aos cidadãos o poder de participar, direta ou indiretamente, da soberania de seu país. Assim, é possível confirmar o papel relevante conferido ao direito ao sufrágio e ao voto pela Carta Constitucional, configurando o sistema eleitoral aplicado à conexão entre aqueles que detêm a capacidade eleitoral ativa e as ações governamentais. Nas palavras do jurista Kildare Gonçalves Carvalho,

a participação do nacional no processo político, votando, sendo votado, exercendo cargo político e fiscalizando os atos dos detentores do poder, é traço do Estado Democrático de Direito. Assim, ao lado da liberdade autonomia, que se traduz

na existência de direitos inerentes ao indivíduo e oponíveis ao Estado, fala-se em liberdade-participação, entendida como prerrogativa do indivíduo de participar da vida política do Estado (Carvalho, 2013, p. 254).

Ao compreender a democracia como uma forma participativa dos cidadãos para determinarem os assuntos políticos aplicados, deve-se reconhecer que os direitos políticos são inerentes à condição humana, expoentes da primeira geração de direitos (Oliveira, 2023, p. 25). Os direitos políticos são compreendidos como “prerrogativas e deveres inerentes à cidadania”, em que se reúne o direito de participar, direta ou indiretamente, dos atos de organização e funcionamento do Estado (Gomes, 2010, p. 106). Tamanha é a importância dos direitos políticos dentro do ordenamento, que o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que especifica expressamente a observância dessa garantia constitucional:

Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país (Brasil, 1992).

Nas palavras de Comparato (2019, p. 327), a previsão do artigo mencionado traduz os principais direitos humanos ligados à participação do cidadão no governo de seu país. Dentro da dimensão da democracia representativa, prevista constitucionalmente, é possível afirmar que a Constituição da República direciona a sociedade para uma participação mais incisiva, mediante normas orientadoras e ferramentas de

participação direta na gestão pública e nas decisões políticas dos entes federativos.

A conciliação da pluralidade de interesses e da convergência de desejos da miscigenada população brasileira busca consolidar a inclusão do cidadão no palco de discussões e decisões sobre temas que impactam a vida social e política. Como exemplo, é conferida ao cidadão a possibilidade de demandar, por meio de ação popular, a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ou ainda, de modo a aproximar seus cidadãos da esfera de decisão, confere-se o direito de participar diretamente no poder legislativo, mediante audiências públicas no momento da elaboração e aprovação de leis.

A Constituição da República busca equilibrar a participação social com a tomada de decisões. Se o poder emana do povo, é necessário concluir que o espaço público deve ser transformado em um local mais acessível a todos os cidadãos, que possuem igualdade de direitos. Por isso, o sistema representativo não pode ser interpretado de forma restritiva, de modo a excluir a participação dos cidadãos. Ao contrário, deve ser sempre explanado com a participação popular, de modo a oferecer harmonia entre a representação e a identificação do cidadão com o espaço público e político.

Precisamente sobre os mandatos coletivos e compartilhados, estes são decorrentes da experiência dos envolvidos na tentativa de se construir um sistema de representação. Eles surgem como uma alternativa de aproximação dos cidadãos representados a um amplo espaço de diálogo entre os representantes e civis, como meio de inclusão da sociedade nos processos de decisão e aumento de seu poder de influência e interferência dentro dos espaços públicos (Oliveira, 2023, p. 31). O modelo que se apresenta traduz uma alternativa de aprimoramento do sistema político, que respeita o exercício da democracia por meio do respeito ao pluralismo político e à liberdade de expressão.

A Constituição da República reforça, a todo momento, a compreensão da possibilidade de o cidadão exercer participação direta e pessoal nos atos políticos decisórios (Nascimento, 2021, p. 105). A democracia participativa, enquanto instrumento constitucional de participação popular, não pode ser negada ao cidadão, sob o risco de gerar “inconstitucionalidade por omissão, decorrente da sonolência do legislador em positivar o mandamento constitucional” (Bonavides, 2003, p. 23). Os mandatos coletivos e compartilhados precisam ser compreendidos como instrumento de participação democrática, que resguarda a representação e a diversidade presente em uma sociedade plural e democrática.

O sufrágio universal é inerente ao Estado brasileiro, ocorrendo por meio do voto direto, secreto e de igual valor para todos os cidadãos, devendo este ser equilibrado com os elementos de participação da soberania popular, quais sejam: a iniciativa popular de lei, plebiscito e referendo. Nos termos constitucionalmente previstos, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (Brasil, 1988). Não há qualquer vedação que estabeleça que o representante eleito divida seu poder de decisão com um grupo de cidadãos.

De modo a resguardar o Estado Democrático de Direito, reconhecido pela Carta Constitucional (art. 1º) (Brasil, 1988), devem-se conciliar as faculdades conferidas aos cidadãos, como o direito ao voto, com o direito de se posicionar e ser ouvido nas decisões políticas. Pois, a partir do momento em que o cidadão compreende e participa do mundo político, a representatividade ganha um grau maior de legitimidade democrática, buscando um consenso após novas ideias e o debate proporcionado. A proposta dos mandatos coletivos e compartilhados possui estrita relação com a busca por um modelo de decisão coletiva ainda mais democrático, ou seja, em que um maior número de pessoas tenha influência no poder de decisão que interfira no dia a dia dos cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação promovida pelas candidaturas coletivas e o respectivo exercício do mandato de forma compartilhada apresenta uma solução para a democracia e a crise que vem sendo enfrentada. Os mandatos coletivos e compartilhados são compreendidos como um modelo de participação popular que tem ganhado força na ampliação do espaço político de tomada de decisão.

O regime democrático é aquele que se destina a proporcionar aos cidadãos a oportunidade de exercitarem a liberdade de autodeterminação, permitindo-lhes o poder de escolha de estarem submetidos às normas que eles próprios optaram. É por meio do regime democrático que o governo será controlado por seu povo, por meio de agentes públicos por eles eleitos via eleições periódicas. Assim, os direitos políticos intrínsecos ao ser humano conferem ao cidadão o poder ou a faculdade de participar, ainda que indiretamente, dos atos governamentais.

Não seria correto impedir que grupos organizados, com identidades de pautas e pensamentos, passem a deter um mandato, seja coletivo ou compartilhado, visando ampliar a tomada de decisão e aproximar os representados das discussões políticas.

Mesmo diante da ausência de regulamentação legislativa, o novo modelo tem sido aprimorado e estudado mediante evidências empíricas, não sendo ignorado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que passou a regulamentar e abrir precedentes pelo reconhecimento e pela regulamentação das candidaturas coletivas.

As candidaturas coletivas são um meio novo e legítimo de participação no pleito eleitoral, garantindo a participação de um número maior de cidadãos no processo político, reforçando a democracia e tornando o processo eleitoral e político muito mais representativo e diverso. A previsão de candidaturas com enfoque em mandatos coletivos e compartilhados não ofende

as disposições constitucionais, uma vez que possibilita ampliar o acesso dos cidadãos à tomada de decisões.

REFERÊNCIAS

ÂNGELO, Durval. *Regimento Interno do Mandato Coletivo*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 1999. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/657/3/657.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

AZEVEDO, Gabriel. *Campanha 2016*. 2020. Disponível em: <https://www.campanha20.gabrielazevedo.com/perfil>. Acesso em: 28 set. 2024.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Código Eleitoral - Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília. DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>. Acesso em: 4 dez 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.609*. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.675, de 16 de dezembro de 2021*. Altera a Resolução-TSE nº 23.609, de 18 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatas e candidatos para as eleições. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-675-de-16-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.475, de 2020*. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para estabelecer regras para o registro e para a propaganda eleitoral de candidaturas promovidas coletivamente. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2016718. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.724, de 2020*. Dispõe sobre o exercício coletivo do mandato eletivo no Poder Legislativo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1956150. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 112, de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021.

Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2050061&filename=PLP%20112/2021. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 379, de 2017*. Insere parágrafo ao art. 14 da Constituição Federal para possibilitar o mandato coletivo no âmbito do Poder Legislativo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625872. Acesso em: 4 dez. 2024.

CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez; BEÇAK, Rubens. O Constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise da representatividade e a participação. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 56-74, jul. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/210567713>. Acesso em: 12 maio 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional*. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019.

DATAFOLHA. Taxa de reprovação ao trabalho do STF recuou de 38% em dezembro de 2023 para 28%. *Instituto de pesquisa Datafolha*, São Paulo, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniao-e-sociedade/2024/03/taxa-de-reprovacao-ao-trabalho-do-stf-recuou-de-38-em-dezembro-de-2023-para-28.shtml>. Acesso em: 29 set. 2024.

GABINETONA. Você está no portal Memória da Gabinetona. 2017. Disponível em: <https://gabinetona.com/>. Acesso em: 28 set. 2024.

GOMES, José Jairo. Direitos políticos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 100, p. 103-130, jan. 2010.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 181-193, abr./jun. 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 2 dez. 2024.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo Gomes. Crise da representatividade e o mandato coletivo como uma afirmação da democracia participativa no Brasil. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, Boa Vista, v. 5, n. 13, p. 94-115. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/10>. Acesso em: 4 dez. 2024.

OLIVEIRA, Júnia Gonçalves. Mandatos coletivos: uma nova realidade e a sua necessidade de regulamentação. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Florianópolis, Brasil, v. 8, n. 2, p. 22-40, 2023. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/556182000>. Acesso em: 28 set. 2024.

PORTUGAL, Mirela Gonçalves; BARREIROS NETO, Jaime. Mandatos coletivos e compartilhados: uma resposta à crise de representação? *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 1-17, 2021. Disponível em: https://www.tre-pr.jus.br/++the-me++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tre-pr.jus.br/institucional/revista-parana-eleitoral/revistas-e-livros/arquivos/revista-no-30/tre-pr-parana-eleitoral-2021-volume-10-revista-2-artigo-1/@@download/file/

tre-pr-parana-eleitoral-2021-v10-r2-artigo-1-mirela-portugal-e-jaime-neto.pdf. Acesso em: 4 dez. 2024.

SECCHI, Leonardo (coord.). *Mandatos coletivos e compartilhados: desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI*. São Paulo: A Rede de Ação Política pela Sustentabilidade - RAPS, 2019. Disponível em: https://www.raps.org.br/2020/wp-content/uploads/2019/11/mandatos_v5.pdf. Acesso em: 28 set. 2024.

SECCHI, Leonardo; CAVALHEIRO, Ricardo. Delegated representation in the 21st Century: the experience of shared mandates. In: *3 rd International Conference on Public Policy (ICPP3). T02P10 – Bias and Representation in Policy Making June 28 - 30, 2017 – Singapore*. Disponível em: <https://www.ippapublicpolicy.org/file/paper/5939ac12b69a3.pdf>. Acesso em: 24 set. 2024.

SEGURADO, Rosemary; AMORIM, Fabrício. Mandatos coletivos: mulheres na luta pela ampliação da representação no parlamento. *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 32, n. esp. 1, p. e023032, 2023. Disponível em: <https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/1103>. Acesso em: 4 dez. 2024.

SILVA, José Afonso de. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Willian Quadros da; SECCHI, Leonardo; CAVALHEIRO, Ricardo Alves. Mandatos coletivos e compartilhados no Brasil: análise descritiva de inovações democráticas no Poder Legislativo. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 1, p. 168-190, abr. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/9177>. Acesso em: 24 set. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. Brasília: TSE, 2022. Disponível em: https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleicao-comp-abst/home?p0_ano=2022&-session=116684178741656. Acesso em: 24 set 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Filiação partidária da eleição*. Brasília: TSE, 2024.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67, 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/47324>. Acesso em: 2 dez. 2024.

200
años



LINEAMENTOS SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

GUIDELINES ABOUT THE JURY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL HISTORY

Igor Alves Noberto Soares¹

RESUMO

O objetivo de estudo do presente artigo é analisar os lineamentos sobre o Tribunal do Júri na história brasileira a partir das crises e tensões políticas oriundas da criação ou reforma da ordem constitucional. A pesquisa foi organizada em três seções, quais sejam, a origem do Tribunal do Júri no Império e sua relação na Constituição de 1824, o retrato da instituição no Brasil República e nos movimentos próprios do período e, por fim, sua dimensão na Constituição de 1988. Essa construção tem como fundamento a necessidade de discutir a natureza jurídica do Tribunal do Júri, ou seja, se constituído como direito fundamental ou órgão do Estado-Judiciário, a fim de expressar os vínculos entre tal status e a consolidação da democracia processual em razão da participação das pessoas interessadas na prolação dos pronunciamentos estatais. A partir de pesquisa exploratória, baseada em análise documental e revisão bibliográfica, cujo marco teórico é o modelo constitucional de processo, foram perquiridos os momentos históricos da formação do constitucionalismo brasileiro e seus desdobramentos jurídico-sociais. Por fim, foi possível concluir pela dúplici natureza do Tribunal do Júri, pois situado como direito fundamental e órgão integrante da estrutura jurisdicional

¹ Doutor e mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, coordenador de Extensão e do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, professor universitário (especialização e graduação), sócio efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Mucuri, advogado. E-mail: igor.ansoares@yahoo.com.

do Estado, evento capaz de defender sua permanência enquanto ato de reafirmação da democracia processual.

Palavras-chave: constitucionalismo brasileiro; tribunal do júri; participação popular.

ABSTRACT

The objective of the present article is to analyze the guidelines of the Jury in Brazilian history, considering the crises and political tensions arising from the creation or reform of the constitutional order. The research was organized into three sections: the origin of the Jury in the empire and its relationship with the Constitution of 1824, the portrayal of the institution in the Brazilian Republic and its movements during the period, and finally, its dimension in the Constitution of 1988. This construction is based on investigating the legal nature of the Jury, whether it is constituted as a fundamental right or as an organ of the Judiciary, to express the links between this status and the consolidation of procedural democracy due to the participation of interested parties in the making of state pronouncements. Based on exploratory research, involving document analysis and literature review, with a theoretical framework rooted in the constitutional model of process, the historical moments of the formation of Brazilian constitutionalism and its socio-legal developments were investigated. Finally, it was possible to conclude the double nature of the Jury Court, because it is situated as a fundamental right and an integral organ of the jurisdictional structure of the State, an event able to defend its permanence as an act of reaffirmation of procedural democracy.

Keywords: Brazilian constitutionalism; jury; popular participation.

1 INTRODUÇÃO

O Júri de hoje será realizado no Centro Acadêmico da Escola de Minas, que comporta maior número de assistentes, e foi especialmente adaptado para o julgado [...]. O juiz Moacir Andrade, por outro lado, solicitou e obteve reforço policial para Ouro Preto, durante o julgamento e 30 soldados, além do destacamento local, serão empregados no trabalho [...]. Os quatro maiores criminalistas de Minas Gerais — Pedro Aleixo, Jair Leonardo Lopes, Marcelo Linhares e Décio Fulgêncio — atuação no Júri das irmãs Poni (Emoção [...], 1964, p. 10).

A citação acima é recorte do Jornal Correio da Manhã, de 31 de março de 1964, quando da realização do segundo júri para discutir a responsabilidade jurídico-penal das irmãs Edina e Ethel Poni. As duas mulheres, acusadas de assassinar Maria de Lourdes Dias Calmon no Pouso Chico Rei, em Ouro Preto, terminaram absolvidas diante da acolhida, pelo Conselho de Sentença, da tese da legítima defesa da honra. O caso atraiu considerável atenção da imprensa brasileira, mormente em razão da condição das rés, integrantes da alta sociedade mineira, e a repercussão do caso quando do debate sobre os limites da decisão proferida pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido, o presente artigo tem como fundamento compreender a natureza jurídica do Tribunal do Júri no decorrer do constitucionalismo brasileiro, a fim de entender como as tensões socialmente demarcadas acabaram por desaguar na formação do pensamento constitucional. Tais bases também são alinhadas às consequências dos julgamentos populares na construção da democracia processual e da participação popular nos atos do Estado, com o fim de torná-los legítimos e igualmente válidos.

Por meio de pesquisa exploratória, baseada em análise documental e revisão bibliográfica, sob o marco teórico do modelo constitucional de processo, foram alcançados os limites constitucionais inerentes aos julgamentos populares por meio da instituição do Júri e sua natureza jurídica. Ou seja, trata-se

de um esforço para conceituar se o Tribunal do Júri é direito fundamental ou órgão do Estado-Judiciário, pois, a partir de tal conceituação, a principiologia inerente à instituição conduzirá sua reprodução funcional.

O presente artigo, assim, foi organizado em três seções. A primeira analisa a criação do Tribunal do Júri, no Brasil, e sua alocação na Constituição Política do Imperio do Brasil, de 1824. A segunda seção, por sua vez, divulga os elementos fundamentais do Tribunal do Júri nas constituições republicanas, com destaque à Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, até a Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Por fim, a última seção demarcou o Tribunal do Júri na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a fim de entendê-lo como direito fundamental do povo e órgão integrante da estrutura do Estado-Judiciário, cuja principiologia deve ser entendida na superação de afirmações estranhas ao processo como metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

2 O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL IMPÉRIO

A participação popular na prolação dos atos estatais não é novidade e, de certa maneira, foi aperfeiçoada antes mesmo do surgimento do constitucionalismo. Na experiência da Grécia Antiga, por volta dos séculos VII ou VI a.C., o povo ateniense (assim denominada a união dos homens livres, excluídas as pessoas escravizadas, estrangeiras e as mulheres) conquistou soberania popular, em matéria jurisdicional, nas chamadas *helieias* (ou *helileias*). Essa prática participativa acabou por incitar, na Inglaterra do Rei João Sem-Terra, a publicação da Magna Charta Libertatum em 1215. Nesse documento, a noção de limite ao arbítrio estatal foi sustentada pelo conceito de julgamento pelos pares como corolário do *devido processo* (Carvalho, 2015), ou seja, a possibilidade de o próprio nobre julgar outro nobre – o seu igual (julgamento entre pares).

No Brasil, a criação do Tribunal do Júri remonta aos ditames da Lei de 18 de junho de 1822, lavrada pelo então

Príncipe Regente Dom Pedro I. Tal produto legislativo teve como objetivo instituir um corpo de jurados formado pelo alistamento de 24 cidadãos, escolhidos entre homens bons, honrados, inteligentes e patriotas (Soares, 2016), com competência para julgar os chamados “crimes de imprensa”. A decisão proferida pelos chamados “juízes de facto” era passível de reexame, por meio do recurso de apelação, dirigido ao próprio Imperador.

Para efeitos dessa lei, consideravam-se “crimes de imprensa” toda publicação, escrita ou verbalizada, de atos contra a ordem e a tranquilidade da União, das doutrinas incendiárias e subversivas ou qualquer outra com principiologia desorganizadora, capaz de promover a anarquia e a destruição do sistema do Reino (Soares, 2016). Esse decreto resolveu alardes oriundos da Portaria de 19 de janeiro de 1822, editada pelo então Ministro do Reino e de Estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva, com o fim de responsabilizar pessoas autoras, editoras ou responsáveis pela publicação de material abusivo e anônimo.

No contexto constitucional, a Constituição Política do Imperio do Brazil, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, deu lugar ao Tribunal do Júri como órgão inerente à composição do Poder Judicial, segundo seu art. 151, com competência para julgar causas cíveis e criminais (Soares, 2016). Ainda na Constituição de 1824, mais precisamente em seu art. 152, a pessoa jurada somente se manifestava sobre os fatos, cabendo aos juízes tão somente a aplicação da lei.²

Com o advento da Lei de 20 de setembro de 1830, Lenio Luiz Streck observou a instituição de um “júri de acusação e o júri de julgamento, o primeiro composto por vinte e três membros, e o segundo, por doze” (Streck, 2001, p. 87). Nesse ponto, o art. 14 da referida lei dispôs sobre a criação de um Conselho de Jurados nas cidades e vilas, cujos membros, eleitos pelas Câmaras Municipais, somavam 60 jurados nas capitais das províncias e 39 nas demais cidades. O “júri de

² “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem”.

acusação" tinha competência para encontrar matéria destinada à acusação (autoria e materialidade) e, posteriormente, o Juiz de Direito pronunciava a pessoa acusada ao "júri de julgamento", com competência para decidir a responsabilidade penal e as sanções prescritas em lei por meio de respostas aos quesitos apresentados na fase de julgamento (Pierangelli, 1983).

Com a publicação do Código Criminal do Império, em 18 de dezembro de 1830, houve aglutinação da tutela presente na Lei de 20 de setembro de 1830, com extensão da competência do Tribunal do Júri para julgar outras matérias criminais (Tinôco, 2003). Por sua vez, o Código de Processo Criminal do Império, produto da Lei de 29 de novembro de 1832, em momento posterior à abdicação de Dom Pedro I, recebeu notória influência dos liberais lotados no Gabinete de Governo para garantir liberdade individual frente ao arbítrio estatal quando da descrição dos atos atinentes à persecução penal (Pierangelli, 1983).

Nesse cenário, o legislador definiu dois procedimentos criminais, quais sejam sumário (de competência dos juízes de paz) e ordinário (de competência dos conselhos de jurados). Para José Frederico Marques (1997), "aos juízes de paz cabia julgar as contravenções às posturas municipais e os crimes a que não fosse imposta a pena de multa até cem mil-réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses". Os demais crimes, portanto, estavam sob competência do corpo de jurados. Tal modelo, inclusive, foi adotado nas demais legislações brasileiras quando da criação de regras sobre impedimento e suspeição das pessoas juradas, por exemplo, bem como da identificação de um sistema de quesitação sobre as circunstâncias fáticas.

Em 1841, em razão do trabalho encabeçado pelo Senador Bernardo de Vasconcellos, houve intensa reforma do Código de Processo Penal do Império. No tocante ao Conselho de Jurados, o chamado "júri de acusação" foi extinto — essa competência fora transmitida aos juízes municipais quando da formação da

"Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei" (Brasil, 1824 *apud* Campanhole; Campanhole, 1998, p. 829).

culpa e prolação da pronúncia. Os delegados de polícia, à época, organizavam as listas com o nome das pessoas juradas e as remetiam ao juízo, cuja competência era de formar listagem geral com o nome das pessoas juradas a partir de avaliação emparelhada entre o próprio Juiz de Direito, o Promotor de Justiça e o Presidente da Câmara Municipal (Marques, 1997).

3 O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL REPÚBLICA

A Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, é o ápice de conflituosos eventos baseados na crise entre a Igreja Católica e o governo imperial, na decadência da monarquia a partir dos movimentos federalista e republicano, nos desafios urbanísticos das cidades brasileiras e na insatisfação dos militares sobre os rumos políticos do Brasil. É possível acrescentar a tais fatores o início do arruinamento das instituições imperiais, situação marcada principalmente pelo envelhecimento de Dom Pedro II e consequente inexistência de novos dirigentes políticos capazes de substituir sua liderança (Carone, 1977).

Tais elementos, traduzidos pela “aceitação por Deodoro da Fonseca de liderar o movimento militar, os conluíus entre Quintino Bocaiuva e os militares, as providências tomadas na véspera do golpe, o apoio da Marinha” e, ainda, pelo “cerco ao Quartel Geral e a prisão do Ministério de Ouro Preto” (Carone, 1977, p. 26), formaram o cenário ideal para viabilizar a queda do Império. O ministério liberal criado em 7 de junho de 1889 e presidido pelo Visconde de Ouro Preto, com o intuito de impedir o avanço republicano e manter os laços monárquicos, não resistiu às crises institucionais e pressões próprias do período (Porto, 1990).

Com a publicação do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, já com a Proclamação da República, foram criados o Ministério Público Federal e o Supremo Tribunal Federal, além de organizada a Justiça Federal com novo órgão, qual seja, o Júri Federal, composto por 12 (doze) pessoas juradas sorteadas

entre lista de 36 (trinta e seis) cidadãos alistados nas capitais dos Estados. Segundo José Henrique Pierangelli (1983), o Júri Federal recebeu competência para julgar os crimes submetidos à jurisdição federal, cujo Conselho de Jurados era presidido por juiz da seção onde se instalasse o Júri Federal – as decisões eram tomadas por maioria, com a interpretação do empate em favor do réu e a possibilidade de interpor apelação dirigida ao Supremo Tribunal Federal, também admitido protesto por novo júri em caso de pena de banimento ou prisão por 30 (trinta) anos (Soares, 2016).

3.1 O Tribunal do Júri na Constituição de 1891

O Governo Provisório, liderado por Deodoro da Fonseca, organizou seu ministério sob a orientação de Aristides Lobo, responsável pelo Ministério do Interior. Essa estrutura foi fundamental para nomear a primeira comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de um novo texto constitucional. Diante das constantes contendas destinadas ao restabelecimento de ordenamento capaz de encerrar a crise gerada pela ruptura institucional, foram convocadas eleições para o dia 15 de setembro de 1890, com o objetivo de escolher os constituintes (Carone, 1977).

À Assembleia Constituinte coube eleger o Presidente da República e seu vice, em uma votação realizada no dia 25 de fevereiro de 1891. Com margem apertada de 32 votos, foram eleitos o Marechal Deodoro da Fonseca e o Marechal Floriano Peixoto, respectivamente. É importante ressaltar a repercussão social para escolher líderes alinhados aos ideais revolucionários do golpe de 1889, especialmente em razão de contexto marcado pelo forte militarismo característico do início da República, mesmo sob os auspícios por nova Constituição (Porto, 1990). No dia 24 de fevereiro de 1891, após relevantes debates sobre os rumos do país, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Para Leôncio Basbaum (1976, p. 183), são diversos os posicionamentos sobre a Constituição de 1891, pois, sem compromisso com sua estabilidade, o documento revelou “os interesses imediatos de uma constituinte heterogênea em que o que menos havia era consciência jurídica e o conhecimento da realidade nacional”. O referido autor, inclusive, criticou Rui Barbosa, ao entender a Constituição de 1891 como mera cópia da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, sem considerar, contudo, as profundas diferenças entre o Brasil e os Estados Unidos. Por outro lado, Basbaum (1976, p. 183) considerou relevantes as inovações político-administrativas delineadas no texto de 1891, principalmente as demarcações sobre a autonomia entre os diversos órgãos estatais, o pacto federativo e a laicização do Estado (separação definitiva da Igreja Católica).

Na matéria atinente ao Tribunal do Júri, os constituintes simplesmente reproduziram a expressão “é mantida a instituição do júri”, mais precisamente no art. 73, § 3. Tal disposição foi disposta na Seção II (Declaração de Direitos) - Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), da Constituição de 1891 (Campanhole; Campanhole, 1998, p. 770). A vagueza dessa expressão foi suficiente para instaurar debates jurídicos sobre as competências e funções do Tribunal do Júri.

Segundo explicação colacionada em obra de João Barbalho Uchôa Cavalcanti (1924, p. 457-458), coube ao Supremo Tribunal Federal definir as características próprias do Tribunal do Júri quando da prolação do acórdão de 7 de outubro de 1899, com os termos seguintes:

São características do tribunal do júri: I - quanto a composição, a) a corporação dos jurados, composta de cidadãos qualificados periodicamente por autoridades designadas pela lei, tirados de todas as classes sociais, tendo as qualidades legais previamente estabelecidas para as funções de juiz de fato, com recurso de admissão ou inadmissão na respectiva lista, e b) o - 32 - conselho de julgamento, composto de certo número de juizes, escolhidos à sorte entre o corpo de jurados, em número triplice ou quádruplo,

com antecedência sorteados para servirem em certa cessão, previamente marcada por quem a tiver de presidir, e depurados pela aceitação ou recusação das partes, limitadas as recusações a um número tal que por elas não seja esgotada a urna dos jurados convocados para a sessão; II - quanto ao funcionamento, a) incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao conselho, para evitar sugestões alheias, b) alegações e provas da acusação e defesa produzidas publicamente perante ele, c) atribuição de julgarem estes jurados segundo sua consciência, e d) irresponsabilidade pelo voto emitido contra ou a favor do réu. Respeitando esses característicos, concluía o Supremo Tribunal, podem as legislaturas dos Estados alterar a lei comum do Juri (Cavalcanti, 1924, p. 457-458).

A decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por minimizar os efeitos dessa compreensão e restou como saída técnica às teses sobre a manutenção do Tribunal do Júri no prisma anterior à ordem de 1891. Esse entendimento foi indiferente à divisão política advinda do próprio pacto federativo projetor da descentralização da competência aos Estados, para legislar sobre direito processual.

3.2 O Tribunal do Júri na Constituição de 1934 e na Constituição de 1937

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, é fruto do contexto projetado pela Revolução de 1930. A partir de 1910, evidente parcela da comunidade política brasileira, inclusive originada dos grupos militares, percebeu a existência de determinada elite oligárquica capaz de atrair a atenção e os investimentos do Estado. Os governos careciam de um projeto político suficiente para afastar o liberalismo típico das elites oligárquicas, seja para superar a manutenção dos privilégios econômico-financeiros criados pela apreensão de legislações estrangeiras ou avançar em pautas populares (Aggio; Barbosa; Coelho, 2002).

Para encerrar os ciclos de poder alinhados às antigas máximas do coronelismo, diversos movimentos militares, políticos e sociais eclodiram no Brasil, destacados os intentos revolucionários liderados pelos tenentistas (oficiais de patentes mais baixas e parte das comunidades urbanas), como a Coluna Prestes. Trata-se de um agrupamento militar sob liderança do gaúcho Luís Carlos Prestes, cuja ação percorreu o Brasil para denunciar as desigualdades e mazelas e promover a “moralização política, a equação da justiça social e o desenvolvimento das forças produtivas da Nação” (Aggio; Barbosa; Coelho, 2002, p. 24).

Esse cenário foi importante para promover a deposição do Presidente Washington Luís, já no final de seu mandato, por forças lideradas por outro gaúcho: Getúlio Vargas. A partir do movimento tenentista e do sentimento de ruptura com as políticas institucionalizadas na República Velha, foram abandonadas as práticas oriundas da política do “café com leite”, nome designado para satirizar a vislumbrada alternância de governo entre representantes das elites oligárquico-econômicas mineira e paulista.

Segundo Maria Celina D'Araújo (1997), a assunção de Getúlio Vargas à Presidência da República, após curto período de governo pela Junta Provisória, acabou por unir o país em torno de ideais nacionalistas de retomada do discurso do progresso. A Revolução Constitucionalista de 1932, em São Paulo, verdadeira batalha para projetar nova ordem constitucional, resolveu certa desídia autoritária de Getúlio Vargas quando do equilíbrio entre as forças políticas e a defesa dos interesses do contexto nacional. Por isso, “terminada a guerra civil, iniciaram-se os preparativos para a eleição de uma Assembleia Nacional em 1933, que se encarregaria de formular uma nova constituição para o país” (D'Araújo, 1997, p. 24).

Em 16 de julho de 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi definitivamente promulgada, com raízes na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), com o fim máximo de trazer estabilidade em razão da regulamentação

de direitos trabalhistas e sociais e da reunificação do país (Carvalho, 2015). No Capítulo IV, cujo conteúdo versava sobre o Poder Judiciário, o constituinte resumiu, no art. 72, a manutenção da “instituição do júri” segundo as competências e demais circunstâncias que a lei assim fixasse.³ Tal demarcação constitucional não foi suficiente nem sequer para expressar a competência do Tribunal do Júri, motivo pelo qual foram reproduzidas as previsões do acórdão de 7 de outubro de 1899.

Contudo, as tensões políticas não foram tolhidas pela ordem constitucional de 1934. Diante da inclinação fascista do Governo Vargas, a Aliança Nacional Libertadora, liderada por Luís Carlos Prestes, resultou no “Movimento Comunista” (ou “Intentona Comunista”), com organização política em maior número e mais bem organizada, a fim de impedir o avanço fascista no país (Baldessarini, 1957). Esse movimento não foi suficiente para barrar os arroubos autoritários de Getúlio Vargas. Como resposta aos intentos oposicionistas, foi editada a Lei de Segurança Nacional, em 1935, com disposições sobre o Tribunal de Segurança Nacional, com finalidade de julgar, até 1945, condutas consideradas crimes políticos contra a segurança do país (D’Araújo, 1997).

Considerando a impossibilidade de usar os dispositivos constitucionais para impedir o avanço oposicionista, foi preciso inovar para instaurar formas de controle social e perseguição às pessoas inimigas. No dia 10 de novembro de 1937, sob o pretexto de proteger o país dos perigos oriundos da infiltração comunista, o prestígio junto às Forças Armadas e a defesa da opinião pública, Getúlio Vargas dirigiu-se ao povo brasileiro, por meio das ondas do rádio, para declarar instalado o Estado Novo (D’Araújo, 1997).

A partir de uma narrativa meticulosa e destinada à perdura de seu governo na suposta defesa dos interesses nacionais, Vargas determinou o fechamento do Congresso Nacional e outorgou a Constituição de 1937. Segundo Edgard

³ “Art. 72. Mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei” (Brasil, 1934 *apud* Campanhole; Campanhole, 1998, p. 703).

Carone (1976, p. 7), a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, recebeu o apelido de “Polaca” por se basear na Constituição Polonesa de Pilsudski (ex-Primeiro-Ministro da Polônia, de 23 de abril de 1935), certa “amalgama entre fórmulas fascistas, nacionalistas” para instituir “conjunto de fórmulas é subordinado à uma estrutura legal totalitária, onde o executivo é o poder dominante”. A expressão “polaca”, de cunho machista e pejorativo, também fazia alusão às mulheres em situação de prostituição, comumente de origem europeia, cuja nacionalidade era desconhecida e propositalmente confundida por tal alcunha.

O mineiro Francisco Campos, um dos autores intelectuais da Constituição de 1937, inseriu forma de controle popular sobre o processo de outorga da nova ordem constitucional então vigente, qual seja, o plebiscito nacional. Tal evento não ocorreu e Getúlio Vargas acabou por governar com esteio nas disposições constitucionais transitórias (Carvalho, 2015), inclusive para criar institutos e órgãos de limitação do gozo das liberdades individuais e das expressões artístico-culturais, entre eles o Departamento de Imprensa e Propaganda.

No contexto do Tribunal do Júri, a Constituição de 1937 restou completamente omissa e nem sequer reproduziu a vaga expressão “manutenção do júri”, conforme expressamente prevista na Constituição de 1934 (Soares, 2016). Para José Frederico Marques (1997, p. 51), o Tribunal do Júri recebeu devida regulamentação somente em 5 de janeiro de 1938, pelo Decreto-Lei nº 167, evento cuja extensão “alterou profundamente o Júri, subtraindo-lhe a chamada soberania dos veredictos, com a instituição da apelação sobre o mérito”.

O sistema criado pelo Decreto nº 167, de 1938, oportunizou eficiência no período de seu vigor, sobretudo por encerrar a espetacularização dos julgamentos populares sem critérios jurídicos. O Tribunal do Júri era composto por um juiz togado e 21 pessoas juradas, função obrigatória aos cidadãos entre 25 e 60 anos, com atividade muito próxima às atuais disposições sobre a atual sistemática, prevista a partir do art.

406 do Código de Processo Penal. Tal afirmativa é destacada, sobretudo, pelo sistema da íntima convicção como substrato do processo de valoração-valorização do resultado probatório, a submissão das pessoas juradas à quesitação e a possibilidade de interposição recursal.

Tais disposições foram utilizadas até a publicação do atual Código de Processo Penal, instituído por meio do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, "produto da inteligência e cultura de Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lira, Florência de Abreu e Cândido Mendes de Almeida" (Pierangelli, 1993, p. 168). O referido decreto-lei recebeu notória influência do Código de Processo Penal da Itália, de 1930, fruto do trabalho jurídico do Ministro da Justiça Alfredo Rocco (daí o nome *Codice Rocco* para designar o Código de Processo Penal italiano).

O *Codice Rocco*, por sua vez, foi projetado a partir da sistemática processual oriunda do *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, produto da renovação legislativa ocorrida na França pelo intento de Napoleão Bonaparte (Soares, 2016). Além da adoção do Tribunal do Júri como estratégia de superação da prova tarifada (o valor probatório definido em lei) e a adoção da íntima convicção, o procedimento reconhecimento como persecução penal foi estruturado em duas fases distintas, quais sejam a investigação preliminar (no Brasil, ilustrada pelo inquérito policial) e outra de natureza processual (com origem na ação penal).

No Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.698, de 9 de junho de 2008, o Tribunal do Júri foi alocado no Livro II (Dos Processos em Espécie), mais especificamente no Capítulo II (Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri), com organização destinada desde o alistamento do jurado até a prolação da sentença no âmbito do julgamento realizado pelo Conselho de Sentença.

3.3 O Tribunal do Júri na Constituição de 1946

A perda de estabilidade institucional originada do Governo Vargas promoveu nova ruptura. Com destaque às contradições perpetradas pela participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial ao lado dos Aliados (Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética) contra o Eixo (Alemanha, Itália e Japão), bem como do enfraquecimento do governo a partir do estado de censura, Getúlio Vargas foi deposto em 29 de outubro 1945, por evidente mobilização das Forças Armadas, e, acuado, exilou-se em São Borja, no Rio Grande do Sul. No dia 30 de outubro, o Ministro José Linhares, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, assumiu interinamente a Presidência da República.

No dia 2 de dezembro de 1945, eleições diretas conduziram o General Eurico Gaspar Dutra à Presidência da República. Tal cenário exigiu, por derradeiro, a alteração da ordem constitucional vigente para reestruturar as instituições políticas do Brasil com fundamento na democracia. Nesse sentido, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, foi promulgada como tentativa de promover eixo liberal-democrático tendente à recuperação da normalidade político-institucional, mas, conforme narrado por Alberto Aggio, Agnaldo Barbosa e Hercídia Mara Facuri Coelho (2002), a Constituição de 1946 determinou formas diversas de intervencionismo estatal para gerar estabilidade.

Segundo José Frederico Marques (1997), os constituintes de 1946 pretenderam reerguer a soberania do Tribunal do Júri para descartar outras formas de tribunais populares, entre eles o assessorado e o escabinato. Por isso, o art. 141, § 28, da Constituição de 1946, inseriu o Tribunal do Júri no capítulo reservado aos direitos e às garantias individuais. Contudo, pela primeira vez, o texto constitucional reservou competência jurisdicional ao Tribunal do Júri, qual seja julgar os crimes dolosos contra a vida, observado o sigilo das votações, a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos.⁴

⁴ “Art. 141, § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e

Tais contornos são extremamente relevantes para pensar os limites dos julgamentos populares baseados na democracia processual. No próximo capítulo, quando discutidas as bases do Tribunal do Júri na Constituição de 1988, serão retomados os fundamentos de garantia democrática dos julgamentos a partir da participação das pessoas atingidas na prolação de decisão capaz de ameaçar ou impedir o exercício de seus direitos.

3.4 O Tribunal do Júri na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969

As apreensões do sistema político brasileiro desaguarão, mais adiante, em rupturas democráticas oriundas de golpes institucionais contra governos eleitos ou erigidos de revoluções populares. Diante da amplitude de suas consequências, as próximas linhas são dedicadas às transformações oportunizadas pelo Golpe Civil-Militar de 1964, cuja existência culminou na alteração da ordem constitucional vigente, então erigida em 1946, no contexto do autoritarismo e do controle das liberdades.

Tal cenário tem início em 3 de outubro de 1950, quando Getúlio Varga é eleito Presidente da República por meio do voto direto, com a defesa nacionalista e o encantamento popular na defesa de empresas públicas. Em razão da perda do apoio popular, os constantes atritos com o Congresso Nacional e as acusações oriundas da tentativa de assassinato de Carlos Lacerda, principal líder da oposição, cujo atentado acabou por matar um militar e colocar Gregório Fortunato (ajudante de ordens de Vargas) na cena do crime, além de outras questões pessoais, Getúlio cometeu suicídio em 24 de agosto de 1954 (Aggio; Barbosa; Coelho, 2002).

garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (Brasil, 1946 *apud* Campanhole; Campanhole, 1998, p. 511).

Com a abertura da sucessão, após rápida passagem de Café Filho e Carlos Luz na Presidência, Juscelino Kubitschek foi eleito Presidente da República em 3 de outubro de 1955, sob a promessa de fazer o Brasil “crescer cinquenta anos em cinco”. A partir do chamado “Plano de Metas”, Juscelino trouxe ao país certo desenvolvimento econômico por meio da abertura do mercado brasileiro ao capital estrangeiro, readequando antigas propostas percebidas ainda no Governo Vargas (Soares, 2016).

Ao término do governo de Juscelino Kubitschek, e diante da impossibilidade de reeleição, Jânio Quadros foi eleito Presidente da República em 1960. Diante de certo apoio popular quando de sua eleição, Jânio tentou equilibrar a economia brasileira por meio de congelamento salarial, restrição ao crédito e remodelagens tributárias. As medidas impopulares não agradaram. A instabilidade política culminou na renúncia de Jânio Quadros em agosto de 1961.

O Vice-Presidente João Goulart, conhecido como Jango, então em viagem oficial à China, retornou ao Brasil após longo período de espera por condições de estabilidade. As alas conservadoras e parte dos militares das Forças Armadas tentaram impedir a posse de João Goulart, mas a articulação entre os setores concentrados em impedir a posse de Jango e o Marechal Henrique Lott, candidato derrotado nas eleições de 1960, foi suficiente para permitir a posse de Jango em 7 de setembro de 1961. A saída institucional foi a criação de emenda constitucional para rumar o Brasil ao sistema parlamentarista, ainda em setembro de 1961, com a indicação de Tancredo Neves à função de Primeiro-Ministro e Presidente do Conselho de Ministros (1961-1962), posição assumida, mais adiante, por Francisco de Paula Brochado da Rocha (1962) e Hermes Lima (1962-1963) (Soares, 2016).

A renúncia de João Goulart e a convocação de novas eleições eram fatores aguardados por diversos setores brasileiros, mas tal intento não ocorreu. O período subsequente à posse de Jango foi marcado por inúmeros conflitos baseados

na insatisfação dos setores conversadores e da comunidade empresária brasileira, conforme bem anotou Heloísa Starling (2015), inclusive com a criação do chamado Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), em 1961, para administrar certa ala oposicionista.

Contudo, o evento de maior acirramento foi o Comício das Reformas de Base. No dia 13 de março de 1964, na Estação Central do Brasil, no Rio de Janeiro, João Goulart discursou para milhares de pessoas em favor das “reformas de base”, assim denominada a série de medidas legislativas para viabilizar o avanço das pautas sobre distribuição de renda, estatização das refinarias de petróleo e reforma agrária, cuja tramitação foi travada no Congresso Nacional (Starling, 2015; Netto, 2018).

No dia 30 de março daquele mesmo ano, João Goulart reuniu-se com os sargentos das Forças Armadas no Automóvel Clube do Rio de Janeiro, a fim de receber possível apoio contra a instalação de golpes militares, mas tal esforço foi tardio: no dia 31 de março de 1964, tropas saídas de Juiz de Fora, em Minas Gerais, lideradas pelo General Olympio Mourão Filho, forçaram a fuga de João Goulart do Rio de Janeiro, já na madrugada do dia 1º de abril, com destino à cidade de Porto Alegre (Netto, 2018). Desse evento, uma série de acontecimentos marcará a conclusão do Golpe Civil-Militar de 1964, dentre os quais é possível citar a sessão do dia 2 de abril de 1964. Nesse ato, o Senador Auro de Moura Andrade declarou vaga a Presidência da República com a presença do Presidente João Goulart no território nacional, em clara ofensa aos pressupostos sobre vacância previstos na Constituição de 1946. No dia 11 de abril de 1964, por meio de voto indireto, o Marechal Humberto de Alencar Castello Branco foi eleito Presidente da República com a promessa de novas eleições em 1966. Tal promessa não se concretizou e, até 1985, o Brasil viu-se vinculado aos atos de supressão dos direitos fundamentais, encerramento do sufrágio universal e periódico e a perseguição de oposicionistas ao regime, por exemplo, com a alternância de governos liderados por militares de alta patente (Netto, 2018).

Para Heloísa Starling (2015), o Golpe Civil-Militar somente foi possível pelo silenciamento de diversos setores empresariais sobre os rumos do país em troca de supostos benefícios econômicos, sem contar certa indiferença quanto à violência praticada pelo Estado contra grupos vulneráveis. Por sua vez, Edgard Luiz de Barros (1994, p. 17-18) insere o sucesso do golpe com base na “covardia institucional de João Goulart, a desorganização das esquerdas, a falta de uma verdadeira consciência democrática e a passividade da população permitiram a tragédia”.

Não se olvida reconhecer certo apoio de setores populares aos governos militares, mas o desfalecimento da ordem constitucional de 1946, mormente pela edição de diversos atos institucionais à margem do sistema jurídico, foi possibilitada pelo próprio Estado-Executivo, a fim de legitimar a cassação de direitos, o fechamento do Congresso Nacional e a suspensão das eleições. Para Maria Helena Moreira Alves (2005), a dispersão da oposição e a ausência de atos da resistência democrática foram campos férteis para viabilizar a criação de nova constituição, mormente em razão das eleições gerais de 1966, com a vitória da Arena (Aliança Renovadora Nacional) devidamente ratificada pelo Congresso Nacional.

Esse desejo restou concretizado. A Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 24 de janeiro de 1967, reservou aos órgãos executivos vinculados à Presidência da República competências até então não vislumbradas em outras ordens constitucionais, inclusive para viabilizar eleições indiretas e mandatos de cinco anos para o Presidente da República e seu vice. Com isso, foi anunciado o fim do direito à greve e determinada a censura prévia, por exemplo, além de criada dinâmica de submissão dos projetos de lei oriundos do Executivo, com aprovação em 45 dias pelo Congresso Nacional (e a imediata aprovação dos projetos não examinados no período) (Moreira Alves, 2005).⁵

⁵ Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996), a denominação “Constituição da República Federativa do Brasil” para sustentar o texto de 1967 (conclusão aplicável também à Emenda Constitucional nº 1, de 1969) é incompatível

Sobre o Tribunal do Júri, não foram percebidas mudanças mais sensíveis em relação à Constituição de 1946. No art. 150, § 18, da Constituição de 1967, agora inserido no Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais, o Tribunal do Júri foi mantido com as características da soberania e com competência para julgar crimes dolosos contra a vida. Por outro lado, diante do endurecimento do regime e das formas de controle durante o período ditatorial, foi outorgada a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de dezembro de 1969, entendida como nova Constituição por alterar substancialmente aquela outorgada ainda em 1967. Nesse texto constitucional, pouco foi inovado sobre o Tribunal do Júri, pois, em seu art. 153, § 18, também inserido no Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais, foi mantida a instituição com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, mas não houve menção à sua soberania.⁶

Vale lembrar a adoção do mesmo procedimento já percebido no Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941, pois a Constituição de 1967 e a Emenda n° 1 de 1969 não alteraram quaisquer dos atos até então vislumbrados a partir do art. 406 do referido Código de Processo Penal. Tais disposições, inclusive, foram as mesmas utilizadas no julgamento de casos presentes no ideário nacional, entre eles o Caso das Irmãs Poni, descrito na introdução do presente artigo, e o Caso Ângela Diniz.

4 O TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, tem sua gênese nos

com o período então apresentado, pois o regime autoritário adotado naquele momento histórico-político-institucional não guarda correspondência aos ditames republicanos.

⁶ Art. 150, § 18, da Constituição de 1967: “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Art. 153, § 18, da Emenda Constitucional de 1969: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (Brasil, 1967 *apud* Campanhole; Campanhole, 1998, p. 316, 431).

movimentos sociais de recuperação do Brasil por meio de sua redemocratização. O enfraquecimento do regime militar deu-se no contexto próprio da década de 1980, após o aumento do desemprego, de crises econômicas e institucionais, dos evidentes escândalos de corrupção e a ocorrência de eventos de ordem natural, tais como a histórica seca no Nordeste e uma enchente em Santa Catarina (Barros, 1994).

A abertura democrática foi iniciada com a organização popular para promover eleições diretas para Presidente da República. Tal movimento, intitulado “Diretas Já”, foi intensificado pela eleição geral de 1982, na qual foram escolhidos pelo sufrágio os cargos do Executivo e Legislativo, com exceção do da Presidência da República, e pela rejeição da Emenda Dante de Oliveira, em 25 de abril de 1984. O povo tomou as ruas, com o apoio dos setores progressistas da Igreja Católica, dos sindicatos e das universidades, a fim de encerrar o período ditatorial instaurado em 1964. Para Edgard Barros (1994), a eleição de Jimmy Carter, nos Estados Unidos da América, em 1977, bem como o descontentamento da classe empresária com os rumos da economia brasileira foram fatores decisivos para promover a transição democrática. O movimento das “Diretas Já”, ao receber apoio de governadores e parlamentares eleitos em 1982, acabou por fortalecer o nome de Tancredo Neves à Presidência da República. O mineiro Tancredo Neves, ator expressivo em diversos movimentos políticos brasileiros, pois Ministro da Justiça no segundo governo de Getúlio Vargas e Primeiro-Ministro do Brasil, quando da crise oriunda da posse de João Goulart, foi eleito indiretamente pelo Colégio Eleitoral em 15 de janeiro de 1985. Ao assumir o compromisso de reconstruir a democracia brasileira, Tancredo Neves foi apoiado também pelos militares quando de demonstrações públicas de aderência à sua candidatura, mas faleceu no dia 21 de abril de 1985, antes mesmo de tomar posse. Antes do falecimento de Tancredo Neves, o Vice-Presidente José Sarney, igualmente eleito pelo Colégio Eleitoral em 1985, assumiu interinamente a

Presidência da República em 14 de março daquele mesmo ano (Barros, 1994).

Esse cenário mostrou-se fértil para viabilizar a elaboração de nova ordem constitucional, mormente em razão do cenário político oriundo do “misto de curiosidade e adesão emocional” (Barros, 1994, p. 120) quando da abrupta condução de José Sarney à Presidência da República. Com as eleições gerais de 1986 (exceto para Presidente da República), as pessoas parlamentares eleitas nesse período foram convocadas ao exercício da função de membros da Assembleia Constituinte, oficialmente instalada em 1º de fevereiro de 1987. Ao Deputado Ulysses Guimarães, do então Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB/São Paulo) coube a missão de presidir os trabalhos da Assembleia Constituinte e viabilizar ampla discussão sobre os rumos do texto.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, permanece inovadora. Para Luís Roberto Barroso (2005, p. 99-100), o texto constitucional demonstra “capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, com o esforço de superar “a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição”. Em razão do apego constitucional, o ordenamento brasileiro optou pela previsibilidade dos atos de seus agentes e órgãos a partir do crivo da lei (Estado de Direito), mas a legitimidade dos pronunciamentos estatais é viabilizada pela irrestrita participação popular em sua prolação (Brêtas, 2018).

Tal conclusão é indispensável para compreender a soberania popular em matéria jurisdicional. O Tribunal do Júri, na Constituição de 1988, foi repetido no espaço destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), mais precisamente no compêndio dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I). Em certa observância às previsões anteriores, a fim de trazer segurança jurídica, o Tribunal do Júri foi reconhecido como instituição no art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas a até d, organizado de acordo com a lei, para assegurar a plenitude de

defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.⁷

Com esteio no projeto político de Estado Democrático de Direito, não é possível defender a abolição do Tribunal do Júri. Primeiro, em razão da força constitucional de proteção às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição de 1988), com vedação à proposta de reforma dos chamados direitos individuais e coletivos — logo, extirpar o Tribunal do Júri é contradição sistêmico-constitucional. Segundo, em virtude da necessária participação popular nos atos estatais, a fim de lhes trazer legitimidade e validade fático-jurídica. Isso se dá, inclusive, em matéria jurisdicional, sem, contudo, perder o arcabouço contramajoritário dos pronunciamentos decisórios proferidos pelo Estado-Judiciário.

Por outro lado, a manutenção do Tribunal do Júri pode ser aperfeiçoada a partir do próprio modelo constitucional de processo, assim compreendida a base principiológica uníssona, extraída da própria Constituição de 1988, aplicável a qualquer tipo de processo (Barros, 2009). Os princípios da ampla defesa (baseada na autodefesa e na defesa técnica) e do contraditório (substrato das garantias de influência e não surpresa), amalgamados aos preceitos da fundamentação das decisões judiciais, devem ser lidos à luz de estratégia procedimental de garantia de participação das pessoas atingidas pelo pronunciamento decisório quando de sua prolação. As propostas para alargar o número de jurados e o conjunto de quesitos, por exemplo, possuem validade e decorrem justamente da democracia processual.

O preceito constitucional da soberania, conforme previsão constitucional sobre as garantias do Tribunal do Júri, serve tão somente como mote de preservação do referido tribunal popular quando de sua competência para julgar os

⁷ Art. 5º, inciso XXXVIII: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (Brasil, [2024] *apud* Campanhole; Campanhole, 1998, p. 19-20).

crimes dolosos contra a vida. Por melhor que pareça ser outro órgão jurisdicional, o Conselho de Sentença, composto por sete pessoas sorteadas para apreciar as questões fáticas de cada caso, não pode ser substituído de sua função, evento capaz de descaracterizar o sistema de garantias previstas na Constituição de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto compreender o Tribunal do Júri, espécie de tribunal popular com competência em matéria jurisdicional, a partir da história constitucional brasileira. Com o arcabouço político-normativo-social oriundo da leitura sistemática dos textos constitucionais e das tessituras oriundas das questões histórico-jurídicas na relação espaço-tempo, foi possível expressar pela natureza jurídica do Tribunal do Júri ao longo das constituições brasileiras, de modo a defender, na contemporaneidade, a possibilidade de perdura dessa instituição.

A ordem constitucional erigida em 1824 trouxe ao Conselho de Jurados a natureza de órgão do chamado Poder Judicial. A inscrição da pessoa jurada em lista específica tinha como fundamento a reprodução de um sistema baseado na manutenção de classes socialmente estabelecidas no exercício das funções públicas, sem, contudo, perceber diversidade na formação da função de julgar.

Por sua vez, já no Brasil República, as Constituições de 1891, 1946, 1967, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e a Constituição de 1988 deram ao Tribunal do Júri o *status* de direito individual (de natureza fundamental ou da cidadania). A Constituição de 1937 manteve-se silente e nada previu sobre o respectivo tribunal popular. Por sua vez, a Constituição de 1934 alocou o Tribunal do Júri no capítulo correspondente à organização do Estado-Judiciário (Poder Judiciário). Tais disposições, contudo, não foram suficientes para afastar o Tribunal do Júri como órgão com função jurisdicional para

julgar, segundo a demarcação histórica de cada período constitucional, casos penais submetidos à apreciação do Estado-Judiciário quando da discussão da responsabilidade jurídico-penal da pessoa acusada.

É possível inferir, pela força pragmática da Constituição de 1988, a existência de um paradigma de participação popular nos diversos pronunciamentos estatais, a fim de lhes conferir legitimidade e validade. Se a construção política do Estado Democrático de Direito pressupõe a defesa da cidadania participativa, a preservação do Tribunal do Júri é importante medida para garantir a soberania popular em matéria jurisdicional, observada sua função contramajoritária, cuja tutela é viabilizada pelo modelo constitucional de processo.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Alberto; BARBOSA, Agnaldo de Souza; COELHO, Her-cídia Mara Facuri. *Política e sociedade no Brasil (1930-1964)*. São Paulo: Annablume, 2002.

BALDESSARINI, Hugo. *Crônica de uma época (de 1850 ao atentado contra Carlos Lacerda)*: Getúlio Vargas e o crime de Toneleros. São Paulo: Nacional, 1957.

BARROS, Edgard Luiz de. *Os governos militares*. São Paulo: Contexto, 1994.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BASBAUM, Leônicio. *História sincera da República* – de 1889 a 1930. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CARONE, Edgard. *A República Velha: evolução política (1889-1930)*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: DIFEL, 1977. v. 2.

CARONE, Edgard. *A Terceira República (1937-1945)*. São Paulo: DIFEL, 1976.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira: comentários*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia Editores, 1924.

D'ARAÚJO, Maria Celina Soares. *A era Vargas*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

EMOÇÃO em Ouro Prêto com 2º júri das Poni (sic). *Jornal Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, edição n. 21775, p. 10, 31 mar. 1964. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/docrea->

der/DocReader.aspx?bib=089842_07&pagfis=50176. Acesso: 10 ago. 2024.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

MOREIRA ALVES, Maria Helena. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: EDUSC, 2005.

NETTO, José Paulo. *Pequena história da ditadura brasileira (1964/1985)*. São Paulo: Editora Cortez, 2018.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 1983.

PORTO, Manoel Ernesto de Campos. *Apontamentos para a história da República: um registro centenário*. São Paulo: Brasiliense: 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Hélio Ribeiro da. *1964: golpe ou contragolpe?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SOARES, Igor Alves Noberto. *O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Silêncios da ditadura. *Revista Maracanan*, [s. l.], n. 12, p. 37-46, jul. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/maracanan/article/view/17393/13255>. Acesso: 23 set. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil anotado*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.

200
anos



ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONTRIBUIÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

ACCESS TO JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF NEOCONSTITUTIONALISM AND THE CONTRIBUTION OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION TO ITS REALIZATION

João Carlos Leal Junior¹

RESUMO

Discute-se o acesso à justiça no Estado brasileiro contemporâneo, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. Faz reflexões sobre a atual concepção do princípio e direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, com enfoque nos estudos doutrinários sobre o tema. Aponta obstáculos para realização desse princípio e a importância dos mecanismos alternativos/apropriados de solução de conflitos nesse contexto, indicando tendências atuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: acesso à justiça; neoconstitucionalismo; pós-positivismo; Estado contemporâneo; meios alternativos de solução de conflitos.

ABSTRACT

This article analyzes the evolution of federalism in Brazil over 200 years of constitutionalism, highlighting the transformations in the relationship between the central government and federative units. From the first Constitution of 1824 to the

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP), mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Juiz Eleitoral no TRE-RS. E-mail: joaocarloslealjunior@hotmail.com.

Constitution of 1988, it discusses the different phases of centralization and decentralization, as well as the implications of these changes for the autonomy of states and municipalities. The research also explores, through interviews, the challenges faced by federative entities in the contemporary context, particularly in managing resources and responsibilities. The study offers a critical reflection on the impact of these reforms on governance and national cohesion, emphasizing the need for greater collaboration among government levels.

Keywords: constitutionalism; federalism evolution; centralization; decentralization; state and municipal autonomy.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro contemporâneo, assim como sua matriz, a Constituição de 1988, inserem-se em um contexto próprio, resultado de influências das mais diversas, especialmente da Filosofia e de vários de seus ramos e teorias. A promulgação do diploma constitucional vigente representou a redemocratização do Estado, trazendo para seu interior os anseios dos mais variados segmentos do povo brasileiro e assumindo uma gama de compromissos voltados à transformação concreta da vida dos cidadãos.

O documento em apreço é fruto do fenômeno denominado neoconstitucionalismo, que se configura, em realidade, como uma nova teoria do direito, contraposta ao positivismo jurídico como método (Streck, 2005). O constitucionalismo tradicional, na lição de Streck (2005), não passava de uma ideologia; nesse sentido, o que ora se ventila como neoconstitucionalismo, em linhas gerais, superou aquele em três principais frentes: i) revolução na teoria das fontes; ii) alteração na teoria da norma; e iii) modificação na forma de interpretação do direito.

Foi relevante o advento da teoria em tela, em superação ao positivismo, fundado em dogmática formalista, desconhecedor

do caráter normativo dos princípios jurídicos e desvalorizador do papel que a Constituição deve ocupar no ordenamento. Substitui-se um direito meramente reprodutor da realidade e legitimador das relações de poder por um novo direito: um direito com potencialidade transformadora, figurando como verdadeiro instrumento de mudança social (Streck, 2005).

Postas essas premissas inaugurais, o presente trabalho tem por objetivo tratar do direito de acesso à justiça a partir de sua consagração como princípio constitucional e direito fundamental pela Constituição brasileira de 1988, no contexto do novo constitucionalismo instaurado, apontando, ainda, obstáculos para sua concretização e a contribuição dos meios alternativos de solução de conflitos para a superação respectiva.

2 AS IMPLICAÇÕES DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA CONFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

O neoconstitucionalismo consiste em um processo histórico que reflete uma nova forma de contemplar o direito e implica a desfiguração da contraposição entre jusnaturalismo e juspositivismo (Figueroa, 2003). Nesse aspecto, pode-se dizer que há um ponto de convergência entre um jusnaturalismo débil e um positivismo débil: o processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. Dessa feita, após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se movimento de tomada de consciência da falência dos modelos de Estado que até então vigoraram, notadamente o Estado Liberal e o Estado Social (Baleotti; Borgo, 2010). “É a partir daí que se origina o neoconstitucionalismo, em um momento de superação ao positivismo, denominado, dessarte, ‘pós-positivismo’, e o paradigma do Estado Democrático de Direito” (Leal Júnior; Kempfer, 2013, p. 231).

O pós-positivismo deve ser entendido, conforme leciona Streck, com o sentido de superação, e não mera continuidade ou complementariedade. Ele será compreendido no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído

pelo (neo)constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra. Sendo assim, é praticamente impossível estremar pós-positivismo, neoconstitucionalismo e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Todos os três estão intensamente imbricados (Streck *apud* Leal Júnior; Kempfer, 2013, p. 231).

Ao mesmo tempo em que limita fortemente os poderes do Estado, o neoconstitucionalismo impõe a atuação deste para implementar o vasto rol de direitos que reconhece como imprescindíveis à existência humana de forma digna. Consoante a doutrina de Streck, citado por Leal Júnior e Kempfer (2013), são características desse fenômeno:

i) rompimento da clássica dicotomia 'público-privado'; ii) presença de Constituição rígida, com direitos fundamentais sociais; iii) jurisdição constitucional atuante, de sorte a assegurar a força normativa vinculante da Constituição, que abarca uma materialidade principiológica; iv) autoaplicabilidade dos preceitos constitucionais; v) submissão das relações privadas ao primado do público; vi) emergência de um novo modelo interpretativo – a hermenêutica constitucional (Streck *apud* Leal Júnior; Kempfer, 2013, p. 232).

A Constituição de 1988 (art. 1º, *caput*) inaugurou um Estado Democrático de Direito, fundado em valores democráticos que se completam: i) soberania estatal; ii) cidadania; iii) dignidade humana; iv) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; v) pluralismo político. Esse diploma, detentor de caráter prospectivo, já que se preocupa não apenas em disciplinar os atos e fatos presentes, mas também em construir um futuro melhor para os que vivem sob sua égide (Gomes, 2010), reflete as características neoconstitucionalistas anteriormente aludidas.

No que tange à realização dos direitos fundamentais – escopo maior do Estado –, leciona Gomes (2010) que, enquanto o Estado Liberal preocupou-se apenas com os direitos civis e políticos da classe dos proprietários dos meios de produção,

o Estado Social menosprezou-os em nome da promoção de alguns direitos sociais. Percebe-se que ambos os modelos “acabaram por limitar a defesa dos direitos a algumas de suas dimensões, quando se sabe que os direitos fundamentais estão inter-relacionados e devem ser concretizados mediante o respeito à sua indivisibilidade e interdependência” (Gomes, 2010, p. 267). Foi nesse contexto que se reconheceu a imperiosa necessidade de criar um novo modelo estatal, privilegiador de um convívio social capaz de promover o respeito a todos os humanos em todas as suas dimensões.

O Estado Democrático de Direito, como é de fácil ilação, estrutura-se sobre dois princípios fundamentais: o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Limita-se o poder por meio de leis, acordes com a Constituição, ao mesmo tempo em que se reconhece o direito humano fundamental e universal de viver dignamente, em uma sociedade pluralista, em que são vedadas quaisquer formas de discriminação, de sorte que todos os grupos sociais, ainda que minoritários, possam concorrer efetivamente para a formação da vontade política do Estado.

Esse modelo encontra-se em construção, num processo contínuo de aprimoramento e concretização dos valores que emanam de seu arrimo principal: a dignidade humana. E é nesse contexto em que se insere o Estado brasileiro: em processo de implementação e realização do que foi demarcado no diploma constitucional quando de sua promulgação. É dever do Estado e da sociedade, sendo assim, envidar esforços para concretizá-lo.

Dentre os direitos que a Constituição reconhece, podem ser citados a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade; o direito de ação, o devido processo, o contraditório e a ampla defesa; dentre uma gama de outros direitos. Garante, ainda, vasto rol de direitos sociais, os quais se compromete a prestar a seus cidadãos, em decorrência do princípio da dignidade.

A partir da previsão de direitos e garantias em âmbito constitucional, e levando-se em conta a frequente existência de conflitos de interesses na sociedade e o monopólio estatal da Jurisdição, é imperioso que o processo civil se articule de forma ágil e eficaz, a fim de proporcionar efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados. Dessa forma, o paradigma do Estado Democrático de Direito repercute inevitavelmente na conformação do direito fundamental de acesso à justiça e, conseqüentemente, na estruturação e estudo do Direito Processual, podendo-se falar, então, em um neoprocessualismo, adequado à atual etapa pós-positivista (Cambi, 2010).

O processo civil deve cumprir adequadamente sua função de instrumento institucional de acesso à justiça. O princípio do acesso à justiça, com a conformação atual, requer um Estado-juiz, mais que justo, ativo, célere e efetivo, de forma a garantir a aplicação adequada do direito objetivo e obter, com isso, a neutralização dos conflitos sociais.

Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração, enfim, constituem as promessas precípuas do Estado Democrático de Direito, já que são os objetivos focalizados no neoconstitucionalismo. A Constituição deve conter, e os juízes e tribunais devem implementar, direitos fundamentais, princípios e fins públicos “que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade” (Barroso, 2009, p. 91). Fica assente, destarte, a conformação do Estado brasileiro contemporâneo: um Estado Democrático de Direito, instituído por uma Constituição marcadamente principiológica, em que o acesso à justiça detém importância capital, e cuja pedra angular é a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado garantir o respeito aos direitos fundamentais e, com isso, a plenitude do valor “dignidade”.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS E SUA FORÇA NORMATIVA

Em três dimensões principais, consoante já averbado, o neoconstitucionalismo superou o positivismo jurídico: i) revolucionando a teoria das fontes do direito; ii) alterando a teoria da norma; e iii) modificando a forma interpretativa do direito. Essas três alterações relacionam-se com o papel que passaram a ocupar os princípios jurídicos no constitucionalismo atual.

No Estado contemporâneo, a lei deixa de ser a única fonte do direito, passando, inclusive, a situar-se em patamar inferior ao da Constituição — construída sobre uma vasta gama de princípios. Estes, agora, passam a pertencer ao gênero “norma jurídica”, diversamente do que ocorria durante a vigência do jusnaturalismo e do juspositivismo. Por consequência, há alteração na forma de interpretar o direito; passam os princípios a ocupar posto de destaque, devendo o exegeta sempre voltar sua atenção ao que eles preconizam.

Como bem elucida Bonavides (2002), um dos grandes problemas que carregaram as teorias jusnaturalista e juspositivista diz respeito à omissão do traço mais importante reconhecido pela doutrina atual: a normatividade dos princípios. Sem entender a função dos princípios nas ordens jurídicas, é impossível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, faz-se importante traçar brevíssimo esboço histórico sobre a evolução semântica sofrida por eles, especialmente no tocante à juridicidade, dentro do jusnaturalismo e do juspositivismo, até desembocar no pós-positivismo.

Na fase jusnaturalista, Bonavides (2002) narra que os princípios tinham normatividade praticamente nula. Nesse momento, tinha-se forte a ideia de princípios gerais do direito: plexo de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana; axiomas jurídicos impregnados de um ideal de justiça. Na fase juspositivista, de seu turno, os princípios foram inseridos

nos códigos como fonte normativa subsidiária. Tratava-se de orientações extraídas das leis; extensão de sua eficácia. Os princípios gerais do direito, então, eram inferidos por via de abstração do direito positivo, de suas regras particulares, e o valor a eles reconhecido existia pelo simples fato de derivarem das próprias leis. Tinha-se, novamente, ausência de normatividade e irrelevância jurídica dos princípios, em virtude de constituírem meras pautas programáticas. Enfim, chega-se ao momento de pós-positivismo. As novas Constituições, surgidas nesta etapa, rompem com a fase antecessora e acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que passam a ser tidos por verdadeira base do sistema jurídico, em evidente rompimento com as duas doutrinas antes aludidas.

A construção da normatividade provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscar um campo neutro de superação da clássica antinomia entre Direito Natural e Direito Positivo. Enfim, passam os princípios a ser entendidos como “normas-valores”, com positividade maior nas Constituições que nos códigos, providos, por isso, de alto peso: normas de eficácia suprema. Chega-se à superação da dualidade princípio versus norma, na medida em que se reconhece que aquele é espécie desta (Bonavides, 2002).

Nesse passo, como é evidenciado por Canotilho (2003), o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro é um complexo normativo aberto e, portanto, dinâmico, de regras e princípios, que tem uma estrutura dialógica, expressa na disponibilidade e aptidão de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a alteração da realidade e estarem abertas às compreensões variáveis da verdade e da justiça.

O superconceito norma engloba as subespécies regra e princípio, revelando-se sob uma dessas duas formas (Canotilho, 2003). Contudo, “enquanto as regras se esgotam em si mesmas [...], os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas” (Marinoni,

2010). Zagrebelsky (2007, p. 110) esclarece: “las reglas [...] no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”.²

Por serem fortemente carregados de valor, em função do seu papel sintático no conjunto, explica Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 191) que os princípios “acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos”. São, então, normas jurídicas de posição privilegiada e portadoras de valor expressivo, que aparecem como diretivas iluminadoras da compreensão de setores normativos, “imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”; exercem uma reação centrípeta, “atraindo em torno de si regras que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença” (Carvalho, 2010, p. 195).

Mais do que guia interpretativo, o feixe principiológico constitucional vincula o Poder Público em suas três esferas funcionais, ficando sua atuação adstrita aos ideais insculpidos nos princípios jurídicos que estruturam o ordenamento brasileiro.

4 O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E A CONTRIBUIÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

Uma das consequências da vida em sociedade é, naturalmente, a existência de conflitos de interesse entre seus membros.

Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (Cintra; Dinamarco; Grinover, 2009, p. 26).

² Tradução livre: “as regras não têm nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam” (Zagrebelsky, 2007, p. 110).

Disputas assim acarretam insatisfação, o que constitui fator antissocial, “independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido” (Cintra; Dinamarco; Grinover, 2009, p.26). No mundo moderno, vê-se, ademais, um aumento quantitativo e qualitativo da complexidade conflitiva produzida pela sociedade globalizada, cada vez mais dinâmica e fragmentada, concorrendo para uma verdadeira “explosão de litigiosidade” (Santos, 1997, p.41).

Após o longo período em que o Estado se apresentava como uma instituição incipiente, vivencia-se momento em que, fortalecido, passou a impor-se sobre os particulares, prescindindo de voluntária submissão, determinando-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. Essa atividade, por meio da qual os magistrados examinam as pretensões e resolvem os conflitos, denomina-se Jurisdição e integra o rol das funções triviais desempenhadas pelo Estado na atualidade. O instrumento para o exercício da Jurisdição é o processo: mecanismo pelo qual “os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução” (Santos, 1997, p. 29).

Tem-se, então, no atual estágio, presença majoritária estatal no exercício dessa função que se pretende pacificadora, muito embora venha crescendo, gradativamente, a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil.

Entende-se, contemporaneamente, que a justiça não é acessível pela exclusiva via do Poder Judiciário, destacando-se o chamado paradigma de Justiça Multiportas, em que o Judiciário é tido como simplesmente uma das formas de acesso à justiça, em paralelo com meios alternativos, sejam eles autocompositivos ou heterocompositivos.

Consoante a lição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 8), embora a expressão “acesso à justiça” seja reconhecidamente de difícil definição, serve para determinar “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos

e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado". Em razão disso, impõe-se que o sistema seja igualmente acessível a todos e que produza resultados que sejam individual e socialmente justos.

Assim, ultrapassando o mero acesso às vias processuais, a norma contida no inciso XXXV do art. 5º da vigente Constituição constitui verdadeiro imperativo de efetivação da justiça, tendo por objetivo conceder provimento adequado às demandas judiciais, tomando em conta o direito material em discussão. Exsurge, então, o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Trata-se, mais que princípio constitucional, de direito humano fundamental, garantido expressamente na lei magna, que impõe a realização de justiça aos que submeterem seus conflitos ao Poder Judiciário, possibilitando, de forma real, ao cidadão que vivencie um contexto de segurança jurídica, em que, ainda que por meio do processo jurisdicional, o direito é efetivamente realizado.

A grandeza do princípio na Constituição de 1988 é evidenciada pela previsão de concessão de tutela jurisdicional mesmo em situações em que inexista lesão: a mera ameaça a direito já possibilita a movimentação do Judiciário em ordem à obtenção de comando protetivo. Objetiva-se impedir que a ameaça chegue a lesar o direito, e isso se mostra essencial, especialmente no que tange à tutela de interesses metaindividuais, já que a reparação, nesse campo, em grande parte das vezes, não se mostra possível, de forma que a lesão deve ser prevenida.

Desse modo, para que essa meta constitucional seja atingida no campo ordinário de resolução de conflitos, a Jurisdição, impõe-se que o processo judicial se desenrole mediante cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito.

Reconhece-se, dessa feita, o caráter instrumental do processo, como instituto voltado à realização da justiça, e coloca-se, conseqüentemente, a função social do processo como estandarte da revolução instrumentalizadora, que

redefiniu os contornos axiológicos procedimentais, a fim de conferir ao processo a posição de ferramenta para a concretização da justiça, viabilizando que o Estado cumpra seu dever de dirimir conflitos de interesses e promover a pacificação social, desprendendo-se de formalismos sobejos e da irracional busca de exaurimento probatório, sob o risco de fenecimento do direito.

O direito fundamental em apreço constitui o ponto fulcral do princípio da dignidade da pessoa humana, porque essencial para a concretização dos demais direitos quando obstaculizados. Em virtude de seu realce, pode ser concebido como a base da processualística moderna, constituindo a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal dos princípios e garantias.

Contemporaneamente, propugna-se pela "efetividade dos direitos materiais e a concretização das garantias processuais constitucionais" (Paroski, 2006, p. 226), de forma que seja concedida concretamente a tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva ao litigante cuja razão o ordenamento jurídico reconhecer.

Enfim, efetividade, adequação e tempestividade são qualitativos imprescindíveis ao provimento jurisdicional para que se concretize substancial acesso à ordem jurídica justa.

4.1 Obstáculos para realização do acesso à justiça e a contribuição dos meios alternativos de solução de conflitos para superação: novas tendências no direito brasileiro

A ideia de acesso à justiça diretamente atrelada ao mero acesso aos tribunais não representa uma realidade satisfatória, especialmente na atualidade. Vive-se um momento de reflexão acerca do papel do Poder Judiciário ante a explosão de litigiosidade e demanda pela tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. A consagração de novos direitos e a ampliação do acesso, aliadas a fatores como a dinamização das relações interpessoais e do fluxo de informações, a proliferação

de normas (muitas vezes, aparentemente contraditórias), dentre outros, viabilizaram e incentivaram um aumento considerável do número de demandas no Judiciário, enfatizando a insuficiência das estruturas judiciárias (Asperti, 2014, p. 73), especialmente diante da inegável escassez de recursos públicos para dar conta do sobejo quantitativo existente.

De acordo com Cappelletti e Garth (1988), os principais óbices à plena realização do acesso à justiça são: (i) as custas judiciais, uma vez que a resolução de litígios pelo Estado é verdadeiramente dispendiosa na maior parte das sociedades modernas; (ii) o excesso de tempo, isto é, a morosidade do Estado em julgar e concretizar o comando judicial, comumente verificado, decorrente de uma grande variedade de fatores; e (iii) a ausência de técnicas/instrumentos adequados à tutela de determinados interesses/direitos, especialmente aqueles que vem surgindo com a evolução da sociedade e avanço das tecnologias.

Cita-se, além disso, a forte presença da “cultura da adversariedade” e a existência de inúmeros recursos e incidentes processuais, manejados, muitas vezes, de forma meramente protelatória, o que acaba por gerar verdadeiro abarrotamento do Poder Judiciário e inevitável lentidão na prestação jurisdicional. É inegável que isso constitui óbice ao acesso à justiça, ademais de prejudicar a eficiência do serviço público e o desenvolvimento econômico.

A partir de todo o exposto, o fomento aos meios alternativos de solução de conflitos está alinhado com compreensões atuais sobre o direito de acesso à justiça. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece uma nova compreensão sobre a garantia e propõe a disseminação de outras formas, com vistas a se assegurar tratamento adequado aos diversos tipos de conflitos de interesse existentes.

Ainda do texto da referida Resolução, pode-se inferir o dever do Estado de organizar o acesso à ordem jurídica justa, inclusive, mediante as formas alternativas de solução

de conflitos. Trata-se de verdadeira política pública judiciária implementada.

Frank Sander (1979, p. 65) já sustentava que a utilização de múltiplas vias de tratamento de conflitos traz como consequência a instauração de instâncias mais adequadas para a solução daqueles (o que significa mais meios de acesso à justiça) e, em decorrência, o aperfeiçoamento da prestação da justiça.

Para Toffoli (2016), não se descuida da importância da jurisdição para a garantia da pacificação social, pois o monopólio jurisdicional representa verdadeira conquista histórica. O que não se deve fazer é atribuir a esta a condição de rota principal de resolução de conflitos. É preciso, pois, assegurar o acesso à justiça sem descurar da possibilidade de que a justiça não apenas incorpore — mas também valorize — outras formas de solução de conflitos que permitam maior aproximação das partes e melhor equacionamento desses conflitos. “O processo será tão mais efetivo quanto mais pacificadora for a solução por ele encontrada” (Toffoli, 2016).

Nessa ordem de ideias, o que se defende, por certo, não é a substituição, genericamente, da justiça formal pelos meios alternativos, mas, sim, a inserção de formas diferentes da adjudicação na nova compreensão da garantia de “acesso à ordem jurídica justa”, preconizada no cenário atual. Nesse contexto, cabe lembrar que, da mesma maneira que se observa a inadequação dos meios adjudicatórios para resolução de determinados conflitos, também os meios consensuais possuem suas “faixas de insindicabilidade”, que tornam sua utilização inadequada e incapaz de prover as melhores soluções (Bergamaschi, 2015, p. 44).

Tendo em vista que a demora na entrega do bem da vida pretendido constitui, contemporaneamente, um dos maiores óbices à concretização do acesso à ordem jurídica justa (conforme preconizado pelo CNJ), torna-se imprescindível contínua mudança na legislação e, principalmente, na cultura vigente entre os operadores do direito, ampliando as formas de

resolver os conflitos pela oferta dos meios diversos de solução de controvérsias à população e preservando a justiça tradicional para os casos em que seja mais adequada. Não bastasse, as formas consensuais, até pela informalidade e simplicidade que as orientam, tendem a solucionar a disputa de forma mais célere e com custo menor, contribuindo, assim, sob diversos enfoques, para o enfrentamento dos óbices anteriormente aludidos.

Assim, as técnicas de negociação, conciliação e mediação vêm ganhando cada vez mais espaço no Brasil, a partir do reconhecimento de que os meios alternativos de solução de conflitos são apropriados para diversas situações, efetivando o acesso à ordem jurídica justa e contribuindo para a redução do número de processos judiciais (refletindo, com isso, na diminuição do tempo de tramitação daqueles e na concretização do direito fundamental à razoável duração processual). Nessa perspectiva, podem ser mencionadas tendências atuais verificadas no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao fomento de métodos para desjudicialização de conflitos.

Quanto à Fazenda Pública, um dos principais litigantes na Justiça brasileira, é crescente o fomento ao uso do consensualismo, pré-processualmente ou já com o processo em curso. Nesse sentido, a Lei nº 13.988/20, no que tange à cobrança de créditos da Fazenda Pública, estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo a tais cobranças, de natureza tributária ou não tributária (art. 1º, *caput*). O diploma, dessa forma, trata da abrangência, vedações, hipóteses de rescisão, dentre outras disposições, autorizando a União, "em juízo de oportunidade e conveniência", a celebrar transação nos casos abrangidos pela lei, "sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público". Desse modo, o diploma federal impõe a perseguição ao interesse público como mote, além da necessidade de motivação para a celebração dos ajustes (Leal Junior; Penha, 2022).

Também a Lei da Mediação dispõe, em seu art. 35, que as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: i) autorização do Advogado-Geral da União (AGU), com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou ii) parecer do AGU, aprovado pelo Presidente da República. Também prevê, no art. 32, que os entes federados poderão criar “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (Brasil, 2015).

Outra importante previsão do diploma em questão diz respeito ao parágrafo único do art. 33, que prescreve que “a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos” (Brasil, 2015), de modo a evitar elevado número de demandas perante o Poder Judiciário.

Na mesma linha da justiça consensual, e reconhecendo a importância do princípio da eficiência, em julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 1.355.208, tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, em regime de repercussão geral (tema 1184), foi firmada a seguinte tese:

1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado.
2. O ajuí-

zamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. 3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo, nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis (Brasil, 2023).

De acordo com o precedente firmado, o ajuizamento de execução fiscal depende de prévia tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa, além de protesto do título, salvo por motivo de comprovada eficiência administrativa. Esse entendimento, que consagra a ideia de desjudicialização de conflitos em matéria de execução fiscal, deve ser aplicado mesmo para execuções já em trâmite.

A partir do referido julgamento, o CNJ editou a Resolução nº 547/24, disciplinando o tema, e reconheceu que,

[...] segundo o Relatório Justiça em Números 2023 (ano-base 2022), as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário, respondendo por 34% (trinta e quatro por cento) do acervo pendente, com taxa de congestionamento de 88% (oitenta e oito por cento) e tempo médio de tramitação de 6 (seis) anos e 7 (sete) meses até a baixa (Conselho [...], 2024, p. 2).

É perceptível que a tendência em tela representa modernização na busca de valores pela Fazenda Pública, além de contribuir sobremaneira para a diminuição da morosidade do Judiciário, a qual representa óbice ao acesso à ordem jurídica justa.

Ainda no que tange à Administração Pública, pode ser destacada evolução quanto ao campo do Direito Administrativo Sancionador, que, tradicionalmente, não admitia soluções negociadas, sofrendo gradual alteração quanto a essa compreensão ao longo do tempo, o que se confirma a partir

de reformas legislativas empreendidas. Nesse sentido, os chamados acordos de leniência, presentes na Lei nº 12.529/2011 (Lei do CADE); Lei nº 12.843/2013 (Lei Anticorrupção); e Lei nº 13.506/2017 (Lei de processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários), representam, igualmente, tendência de valorização ao consensualismo e adoção de novas técnicas resolutivas.

Mais recentemente, seguindo essa mesma linha, a Lei de Improbidade Administrativa, que vedava, em sua redação originária, transação, acordo ou conciliação, passou, com o advento da Lei nº 13.964/19, a prever, em seu corpo, o chamado acordo de não persecução cível (ANPC), em substituição à ação coletiva para apuração e aplicação das sanções legalmente previstas. A Lei nº 14.230/21, posteriormente, implementou novas modificações na Lei de Improbidade Administrativa, disciplinando, em linhas gerais, essa nova forma de atuação consensual no campo do direito sancionador.

Na busca por soluções consensuais de conflitos envolvendo a conduta de magistrados, servidores do Judiciário e titulares de serventias, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 162/2024, o qual prevê o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre aquele órgão e magistrados, servidores e serventuários do Poder Judiciário ou delegatários de serventias extrajudiciais. Cuida-se de consequência natural da adoção, pelo CNJ, da referida Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Res. nº 125/10).

É de se destacar, por outro lado, que a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 151, estimula o emprego de meios alternativos de resolução de controvérsias, indicando as técnicas de conciliação e mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem como passíveis de utilização. Ademais, em seu art. 138, II, prevê que a extinção consensual do contrato, poderá se dar “por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da

Administração" (Brasil, 2021), precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzida a termo no respectivo processo (art. 138, § 1º).

Outra novidade importante refere-se à Lei nº 14.181/21, que alterou o Código de Defesa do Consumidor e incluiu a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento como instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º, VII). O processo de repactuação de dívidas, instaurado a requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, prevê a audiência de conciliação entre ele e os credores legitimados como etapa obrigatória do procedimento especial de regência (art. 104-A), exatamente em virtude do reconhecimento das proficuidades dos meios consensuais de solução de conflitos, mesmo no âmbito de novas formas de processo.

Também a Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05), a partir da reforma sofrida pela Lei nº 14.112/20, passou a prever, em seu art. 20-A, que a

[...] conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial (Brasil, 2005).

Assim, são admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial (art. 20-B), vedadas, porém, "a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores" (art. 20-B, § 2º) (Brasil, 2005).

No campo dos chamados litígios estruturais, conflitos decorrentes do modo de operação de estruturas sociais em descompasso com os direitos humanos e as prescrições constitucionais, em que os processos respectivos (processos estruturais) têm por finalidade promover mudanças estruturais

e efetivas na sociedade (legislação, políticas públicas, práticas institucionais, dentre outras), defende-se igualmente o manejo de técnicas alternativas de solução de controvérsias de forma a colaborar com a solução, parcial ou total, do conflito existente. Nesse sentido:

A indisponibilidade do direito não implica a intransigibilidade. A transação pode recair sobre todo o objeto do processo ou sobre questões acessórias, como o tempo, o modo e a intensidade da reestruturação.

A consensualidade é uma característica típica dos processos estruturais porque a situação de desconformidade não se resolve da noite para o dia. A solução depende de consensos desde a identificação do litígio estrutural até as fases a serem percorridas para a conformidade da estrutura. A consensualidade não retira a autoridade da juíza ou do juiz porque, nos processos estruturais, não basta uma ordem judicial para que a situação seja resolvida (Brollo, 2022, p. 173).

Nessa mesma linha, Borges (2022) afirma que o manejo de meios consensuais de solução de conflitos nesses tipos de litígios “tende a produzir resultados mais efetivos”, de sorte que “as formas consensuais são as mais adequadas para solucionar uma controvérsia estrutural”, haja vista “que os complexos problemas subjacentes a essas demandas, não raro, dizem respeito a situações que não representam um conflito de interesses propriamente dito” — ao contrário, “é comum em litígios estruturais haver certo grau de consenso entre as partes quanto à situação de violação massiva de direitos fundamentais e acerca da necessidade de recomposição institucional” (Borges, 2022, p. 97).

Enfim, o reconhecimento da importância dos meios alternativos de solução de conflitos para o alcance do efetivo acesso à justiça, princípio de estatura constitucional, vem estampado em mudanças legislativas e na jurisprudência, confirmado, ainda, pela contribuição da doutrina. Trata-se de mudança de paradigma, com a compreensão de que, em diversas situações, tais meios mostram-se, em realidade, mais

apropriados para o desate da controvérsia existente do que a via judicial, reafirmando a ideia de Justiça multiportas, possível de ser alcançada não por um caminho único.

Técnicas de negociação, conciliação e mediação guardam relação com a cultura da paz, essencial para a vida em sociedade, reforçando o ideal de fraternidade, derivado do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88) (Fonseca, 2014). Referidos mecanismos podem ser o caminho adequado para encontrar a melhor solução conforme o caso e alcançar, com isso, acesso à ordem jurídica justa e, por conseguinte, a almejada pacificação social mediante a eliminação de conflitos com justiça.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, cunhada no contexto do movimento neoconstitucionalista, inaugurou um Estado Democrático de Direito, fundado em valores democráticos que se complementam. O diploma, detentor de caráter prospectivo, preocupa-se não apenas em disciplinar os atos e fatos presentes, mas também em construir um futuro melhor para os que vivem sob sua égide.

A Constituição ocupa o centro do ordenamento jurídico, de sorte que seus dispositivos se sobrepõem a qualquer outro que não esteja em seu interior. Seu conteúdo, essencialmente principiológico, possui força normativa, razão pela qual os princípios que carrega se colocam em patamar extremamente elevado no sistema jurídico, especialmente aqueles que consagram direitos e garantias fundamentais.

O acesso à justiça é princípio e direito fundamental que detém importância capital no ordenamento jurídico brasileiro, já que determina a existência de mecanismos para tutelar adequadamente qualquer direito que se faça violado, ou mesmo ameaçado. Consagrado como direito fundamental, cumpre ao Estado brasileiro emprestar eficácia a ele na maior

medida possível. Ele determina a realização de justiça aos que submeterem seus conflitos ao Poder Judiciário, possibilitando, de forma real, ao cidadão que vivencie um contexto de segurança jurídica, em que, ainda que por meio do processo jurisdicional, o direito seja efetivamente realizado.

No atual estágio, não mais é concebido tão somente como direito de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, mero direito de ação, já que isso não estaria de acordo com os objetivos do Estado contemporâneo. Efetividade, adequação e tempestividade são, assim, qualitativos imprescindíveis ao provimento jurisdicional para que se concretize substancial acesso à ordem jurídica justa.

A doutrina arrola como principais óbices à plena realização do direito os seguintes: i) as custas judiciais; ii) a morosidade processual; e iii) a ausência de técnicas/instrumentos adequados à tutela de determinados interesses/direitos.

Uma das formas de superar tais entraves consiste na abertura e no incentivo, pelo Estado, da utilização de métodos alternativos (extrajudiciais) de solução de litígios, como opção facultada às partes de obterem efetiva pacificação de seus conflitos. Assim, reconhece-se que o acesso à justiça pode ser concretizado ainda que extraprocessualmente, desde que ocorra a pacificação do conflito com a aplicação de justiça no caso concreto. Contudo, para o crescimento do uso desses mecanismos, é indispensável que ocorra alteração da prevalente "cultura de adversariedade" existente entre as partes e advogados.

Faz-se imprescindível contínua mudança na legislação e, principalmente, na cultura vigente entre os operadores do direito, ampliando as formas de resolver os conflitos pela oferta dos meios diversos de solução de conflitos à população e preservando a justiça tradicional para os casos em que seja mais adequada. Não bastasse, as formas consensuais, até pela informalidade e simplicidades que as orientam, tendem a solucionar a controvérsia de forma mais célere e com custo

menor, contribuindo para o enfrentamento dos óbices ao acesso à justiça.

Como tendências atuais verificadas no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao fomento de métodos para desjudicialização de conflitos, destacam-se:

a) Lei n° 13.988/20, prevendo a possibilidade de transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária;

b) Lei n° 13.140/15, dispondo que as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão; e que a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos;

c) Julgamento pelo Plenário do STF do Recurso Extraordinário n° 1.355.208, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia, em regime de repercussão geral (tema 1184), firmando tese dispondo que o ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção de: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida;

d) Resolução n° 547/24 do CNJ na mesma linha do julgamento do STF, disciplinando o tema das execuções fiscais;

e) Aceitação do consensualismo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, seja por meio dos acordos de leniência, seja por meio do acordo de não persecução cível, além da previsão de Termo de Ajustamento de Conduta entre a Corregedoria Nacional de Justiça e magistrados, servidores e serventuários do Poder Judiciário ou delegatários de serventias extrajudiciais;

f) Previsão das técnicas de conciliação e mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem como formas de

solução de conflitos no âmbito da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21);

g) Audiência de conciliação no processo de repactuação de dívidas em casos de superendividamento (Lei nº 14.181/21), incluído no CDC;

h) Incentivo à conciliação e à mediação nos processos de recuperação judicial de empresas (Lei nº 14.112/20), incluído na Lei de Falência;

i) Reconhecimento pela doutrina especializada da adequação das técnicas consensuais de resolução de conflitos no campo dos litígios estruturais.

Enfim, a verificação da importância dos meios alternativos de solução de conflitos para o alcance do efetivo acesso à justiça vem estampada em mudanças legislativas e na jurisprudência, confirmada, ainda, pela contribuição essencial da doutrina. Trata-se de mudança de paradigma, com a compreensão de que, em diversas situações, tais meios mostram-se, em realidade, mais apropriados para o desate da controvérsia existente do que a via judicial, reafirmando a ideia de Justiça multiportas, possível de ser alcançada não por um caminho único. Referidos mecanismos podem ser o caminho adequado para encontrar a melhor solução conforme o caso e alcançar, com isso, acesso à ordem jurídica justa e, por conseguinte, a almejada pacificação social mediante a eliminação de conflitos com justiça.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BALEOTTI, Francisco Emílio; BORG, M. C. Transformações do direito privado: análise dos seus pressupostos teóricos à luz dos modelos de Estado. 2010. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8.091-8.113.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERGAMASCHI, André Luís. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Fabricio de Lima. Litígios estruturais e métodos consensuais de resolução de conflitos: o caso da ação civil pública sobre a fila de espera da assistência oncológica no Cariri Cearense. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 20, n. 1, p. 87-111, jan./jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11101compilado.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985;

revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º nov. 2011 e retificado em 2 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a

Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 abr. 2020 - Edição extra. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º abr. 2021 - Edição extra-F. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003

(Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 jul. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 out. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 1.355.208/SC*. Recurso extraordinário. Processual civil. Tributário. Repercussão geral. Tema 1.184. Execução fiscal. Fazenda municipal. Créditos de pequeno valor. Interesse de agir. Ausência. Protesto. Princípio da eficiência na administração da justiça. Desprovimento. Recorrente: Município de Pomerode. Recorrida: A. C. M. M Serviços de Energia Elétrica Ltda. – EPP. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 19 dez. 2023.

BROLLO, Silvia Regina Salau. Conciliação e mediação em processos estruturais. In: BOCHENEK, Antônio César. *Demandas estruturais e litígios de alta complexidade*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022. p. 167-182.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJe/CNJ*, Brasília, DF, n. 219/2010, p. 2-14, 1º dez. 2010, republicada no *DJe/CNJ* n. 39/2011, p. 2-15, 1º mar. 2011. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: dez. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n° 547, de 22 de fevereiro de 2024. Institui medidas de tratamento racional e eficiente na tramitação das execuções fiscais pendentes no Poder Judiciário, a partir do julgamento do tema 1184 da repercussão geral pelo STF. *DJe/CNJ*, Brasília, DF, n. 30/2024, p. 2-4, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455>. Acesso em: dez. 2024.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n° 162, de 11 de março de 2024. Regulamenta o art. 47-A do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RIC-NJ), acerca da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Corregedoria Nacional de Justiça e magistrados, servidores e serventuários do Poder Judiciário ou delegatários de serventias extrajudiciais, e dá outras providências. *DJe/CNJ*, Brasília, DF, n. 49/2024, p. 21-23, 14

mar. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5489>. Acesso em: dez. 2024.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neo-constitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-186.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOMES, S. *Hermenêutica constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. *Morosidade do judiciário e os impactos na atividade empresarial*. Curitiba: CRV, 2015.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; KEMPFER, Marlene. A efetivação dos direitos sociais na América Latina e a escassez de recursos: integração regional e responsabilidade social das empresas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 82, p. 229-253, jan./mar. 2013.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PENHA, Renata Mayumi Sanny. Eficiência, consensualismo e os meios autocompositivos de solução de conflitos na administração pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.1.038, p. 59-77, abr. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. E-book.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Conciliação: uma cultura de pacificação social no TJMG*. Belo Horizonte: EJEF-TJMG, 2007.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia iuris*, Londrina, n.10, p. 225-242, 2006.

SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. (ed.). *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 65-87.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1997, p. 29-65.

STRECK, Lenio Luiz. Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 521-561.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, p. 229-240, jul.-set. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

200
años



A EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NOS 200 ANOS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

THE EVOLUTION OF FEDERALISM IN 200 YEARS OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

Joemilson Donizetti Lopes¹

Thaissa Caroline Ferraz Silva Lopes²

RESUMO

Este artigo analisa a evolução do federalismo no Brasil ao longo dos 200 anos de constitucionalismo, destacando as transformações nas relações entre o governo central e as unidades federativas. A partir da primeira Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, são abordadas as diferentes fases de centralização e descentralização, bem como as implicações dessas mudanças para a autonomia dos estados e municípios. A pesquisa também explora, por meio de entrevistas, os desafios enfrentados pelos entes federados no contexto contemporâneo, especialmente na gestão de recursos e responsabilidades. O estudo oferece uma reflexão crítica sobre o impacto dessas reformas na governança e coesão nacional, evidenciando a necessidade de uma maior colaboração entre as esferas de governo.

Palavras-chave: constitucionalismo; evolução do federalismo; centralização; descentralização; autonomia dos estados e municípios.

¹ Desembargador do TJMG, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, especialista em Direito Público e Filosofia do Direito pela PUC-MG, ex-diretor executivo da Escola Judiciária Eleitoral Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do TRE-MG - EJEMG. *E-mail:* joemilsonlopes@tjmg.jus.br.

² Advogada, bacharel em Direito pela faculdade ESAMC, especialista em Direito Público - Notarial e Registral pelo Instituto Damásio de Direito, pós-graduanda em Direito Eleitoral pela PUC-MG. *E-mail:* thaissaeoadvogados@gmail.com.

ABSTRACT

This article analyzes the evolution of federalism in Brazil over 200 years of constitutionalism, highlighting the transformations in the relationship between the central government and federative units. From the first Constitution of 1824 to the Constitution of 1988, it discusses the different phases of centralization and decentralization, as well as the implications of these changes for the autonomy of states and municipalities. The research also explores, through interviews, the challenges faced by federative entities in the contemporary context, particularly in managing resources and responsibilities. The study offers a critical reflection on the impact of these reforms on governance and national cohesion, emphasizing the need for greater collaboration among government levels.

Keywords: constitutionalism; federalism evolution; centralization; decentralization; state and municipal autonomy.

1 INTRODUÇÃO

A análise da evolução do federalismo brasileiro ao longo dos 200 anos de constitucionalismo oferece uma visão profunda sobre a dinâmica das relações entre o Governo central e as unidades federadas. Desde a promulgação da primeira Constituição em 1824, o Brasil tem passado por uma série de transformações constitucionais que moldaram a estrutura federalista do país. Este artigo busca refletir e discutir as mudanças no federalismo brasileiro, examinando como as reformas e emendas, ao longo dos séculos, influenciaram o fortalecimento ou enfraquecimento das unidades federadas.

O objetivo é identificar e evidenciar as tendências de centralização e descentralização que impactaram a autonomia dos estados e municípios, avaliando, também por meio de entrevistas, como essas mudanças refletem no equilíbrio do

poder federal e nas relações intergovernamentais. Ao abordar as distintas fases do federalismo no Brasil, o artigo pretende oferecer uma análise crítica sobre a evolução do sistema federalista e suas implicações para a governança e a coesão nacional.

Os 200 anos de constitucionalismo no Brasil marcam um período significativo na história do país, refletindo a evolução e adaptação do federalismo à realidade política e social brasileira. O presente artigo busca refletir sobre a evolução do federalismo no Brasil, a gênese e os motivos históricos das principais cartas constitucionais e, por fim, traz a conclusão sobre o fortalecimento ou enfraquecimento das unidades federadas.

2 FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1 A estrutura do federalismo

O federalismo organiza e distribui o poder estatal, permitindo que, mesmo com um governo central, as responsabilidades e competências sejam divididas entre ele e os estados-membros.

No Brasil, que adota o aludido modelo de organização interna, os estados possuem autonomia em certos aspectos, com o poder (executivo, legislativo e judiciário) dividido entre a União e as entidades regionais ou federadas. Entretanto, todas permanecem unidas sob um governo central que exerce autoridade e soberania sobre a nação.

A autonomia conferida aos Estados-membros permite que eles tenham poder para administrar e gerir internamente questões estaduais e municipais, bem como legislar sobre determinadas matérias, dentro de limites estabelecidos pela entidade superior, no caso, a União.

É notório que a concessão de autonomia aos estados-membros, enquanto se mantém a submissão de todas as unidades federadas à União, estabeleceu um binômio de autogestão-subordinação no cenário nacional. Com efeito,

ao longo dos anos, as Constituições brasileiras passaram a refletir as mudanças políticas, sociais e econômicas, dentre outros aspectos, justamente na organização governamental, em certos momentos ampliando o federalismo e concedendo mais independência aos estados, enquanto, em outros, restringindo-os e concentrando o poder no governo federal.

2.2 A evolução do federalismo

O federalismo brasileiro teve uma trajetória complexa, marcada por transformações que refletem as mudanças políticas e sociais do país. Desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988, o federalismo no Brasil passou por várias fases, conforme descrito a seguir.

2.2.1 Constituição de 1824

A primeira Constituição imperial, promulgada em 25 de março de 1824, estabeleceu um federalismo de características unitárias. O Brasil foi dividido em províncias, que tinham alguma autonomia administrativa, mas o poder centralizado no Imperador e no poder Executivo limitava a autonomia real delas. Outorgada por D. Pedro I, a Carta Imperial de 1824 foi “inspirada nos princípios do constitucionalismo inglês, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais” (Nogueira, 2012, p. 10).

O Estado Unitário da Carta de 1824, por certo, teve inspiração histórica em fatos relevantes. O contexto em que a Constituição de 1824 foi promulgada refletiu o receio de que o Brasil seguisse o modelo da América Espanhola, que havia se fragmentado devido a particularismos locais surgidos durante o período colonial (Nogueira, 2012, p. 10).

A preocupação com a fragmentação e a desintegração, exacerbada pela experiência com as Juntas Governativas Locais, levou à criação de um sistema extremamente centralizado

na Constituição de 1824. A Carta estabeleceu um Estado unitário, em que “toda autoridade era rigorosamente centralizada na capital do Império e nos poderes que a Constituição criou e dos quais derivavam todas as emanções da força do Estado” (Nogueira, 2012, p. 21), sem espaço para poderes locais significativos. O centralismo rigoroso visava assegurar a unidade nacional e evitar a descentralização que poderia ameaçar a integridade do país.

2.2.2 Constituição de 1891

Com a Proclamação da República, a nova Constituição refletiu um federalismo mais robusto. Inspirada na Constituição dos Estados Unidos, a Constituição de 1891 (Brasil, 1891) conferiu maior autonomia às unidades federativas, agora chamadas de Estados, estabelecendo um sistema federal que assegurava competências e poderes mais definidos para os Estados, o que resultou em um avanço significativo em relação à Constituição imperial.

O federalismo instituído por essa carta era chamado de federalismo dualista e conferia aos Estados-membros a prerrogativa de decretar impostos sobre a exportação de mercadorias, imóveis rurais e urbanos, transmissão de propriedade, indústrias e profissões. A União, por sua vez, criava impostos sobre a importação de procedência estrangeira, taxas de selo, taxa de correio e telégrafos federais.

Esse federalismo refletia uma estrutura de poder em que as competências e responsabilidades eram claramente divididas entre o governo federal e os estados, com ênfase na autonomia dos estados em relação ao governo central.

Estabeleceu-se uma divisão clara de competências entre a União e os estados. O artigo 1º da Constituição (Brasil, 1891) definia a União como uma federação de estados, com poderes distintos e independentes. As competências legislativas, executivas e judiciárias foram rigidamente distribuídas para evitar sobreposição e garantir a autonomia dos estados.

Os estados foram dotados de significativa autonomia, tendo a capacidade de criar suas próprias constituições estaduais, instituições e leis. Essa autonomia foi reforçada pela previsão de que os estados poderiam estabelecer seus próprios códigos e sistemas jurídicos, desde que não conflitassem com a Constituição Federal.

O modelo de federalismo dualista refletiu na estrutura do Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Os senadores eram eleitos pelas legislaturas estaduais, garantindo que os interesses estaduais fossem representados diretamente no governo federal.

Em certo grau, a Constituição de 1891 foi fortemente inspirada pelo modelo de federalismo dos Estados Unidos. Isso porque o federalismo dualista buscava exprimir a experiência americana de uma federação em que o governo federal e os estados operavam em esferas separadas de autoridade.

O federalismo dualista da Constituição de 1891 foi um passo importante na construção da estrutura federativa do Brasil, evidenciando uma tentativa de equilíbrio entre o poder central e a autonomia dos estados. No entanto, ao longo do tempo, a prática e as emendas constitucionais levaram a uma evolução do federalismo, influenciando a forma como a federação brasileira se desenvolveu.

Na lição de Aliomar Baleeiro, “grande inovação foi uma expressa divisão dos tributos entre a União e os Estados, determinando-se que estes escolheriam alguns de seus impostos para os Municípios”, advertindo que “só pela CF de 1934, estes passaram a ter expressamente impostos exclusivos” (Baleeiro, 2001, p. 39).

Outras implementações relevantes trazidas por esse texto constitucional foram a criação do Supremo Tribunal Federal (art. 55) e a implantação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 15), excluindo o poder Moderador existente à época da Monarquia, que consistia naquele exercido pelo Imperador, que se encontrava acima dos demais poderes (Brasil, 1891).

2.2.3 Constituição de 1934

A Carta Constitucional de 1934 introduziu mudanças importantes, como a criação de um sistema de governo mais centralizado e a diminuição das competências estaduais. Foi aprimorado o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e instituídos novos órgãos, a saber, Ministério Público e Tribunal de Contas (Poletti, 2001, p. 29-30).

A Constituição de 1934 foi um reflexo das necessidades de estabilização política e econômica do país, com a centralização do poder como um dos seus pilares.

2.2.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 ratificou as características da Carta Magna anterior, mantendo as características centralizadas e autoritárias do governo, conferindo plenos poderes ao Executivo, extirpando a independência dos Poderes Legislativo e Judiciário, e restringindo prerrogativas do Congresso Nacional. No dizer de Walter Costa Porto (2001) “tantas vezes se disse que a Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937 teve como parâmetro a constituição Polonesa, promulgada em 23 de abril de 1935”, anotando que

defensores da Constituição polonesa afirmam que ela teve por tendência consolidar, antes de tudo, o Estado social, não havendo investido o Presidente da República na tarefa de fazer uma política pessoal, mas dado a ele a função de regular as atividades autônomas (Porto, 2001, p. 24).

Citando Pontes de Miranda, refere que

essa Constituição, dirá Pontes de Miranda, não saiu só do Brasil, veio de outros sistemas, velhos e novos, e seria falsear-lhe os ditames querê-la separar do mundo e dos seus modelos que – ao contrário do que sucedera à de 1891, mais americana – é algo de intermediário entre o norte-

-americano do século XVIII e o europeu após a guerra. Mas já é menos norte-americana que a de 1934 e menos liberal que a Carta, a linhas retas, de 1981 (Miranda, 1938, p. 13-14).

Nesse modelo, havia a união indissolúvel dos Estados, e eles possuíam uma competência tributária residual.

2.2.5 Constituição de 1946

No modelo constitucional de 1946, foi reestabelecido o federalismo de maneira mais equilibrada após o período de ditadura do Estado Novo. Recuperou a autonomia dos estados e municípios e restaurou a importância do Congresso Nacional, bem como restituiu a separação dos poderes, embora o poder central permanecesse significativo. No escólio de Aliomar Baleeiro, a Constituição de 1946 trouxe “várias inovações”, notadamente no que reforçava a ideia do federalismo equilibrado, dispondo sobre “discriminação das rendas entre União, Estados e Municípios (arts. 15 a 21), desaparecendo as referências à bitributação das Constituições de 1934 e 1937” (Baleeiro, 2001, p. 24).

2.2.6 Constituição de 1967 e Emenda de 1969

Durante o período militar, houve um retrocesso no federalismo, com a centralização do poder nas mãos do governo federal. E assim o foi inspirada em “mensagem enviada ao Congresso Nacional” na qual “o Presidente Castello Branco ressaltou que a continuidade da obra revolucionária deveria ‘ficar assegurada por uma nova Constituição, que, a par da unidade e harmonia, representa a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiram’” (Baleeiro; Brito; Cavalcanti, 2001, p. 1).

As emendas subsequentes restringiram a autonomia dos estados e municípios, refletindo o autoritarismo da ditadura militar.

2.2.7 Constituição de 1988

A chamada Constituição Cidadã de 1988 marca o retorno ao federalismo com um equilíbrio mais justo. Promulgada pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte - ANC, Ulysses Guimarães, ficou assim conhecida por ampliar direitos essenciais da sociedade. A Constituição de 1988 ampliou as competências dos estados e municípios e promoveu uma verdadeira descentralização, fomentando uma maior autonomia para as unidades federativas. Foi um marco na construção de um Estado democrático de direito.

Foi implantado um federalismo simétrico pelo Diploma, pois a repartição dos poderes, competências e receitas entre os entes federados são homogêneas.

Em contrapartida, ainda há resquícios de assimetria do sistema adotado no país, uma vez que deve ser observada as divergências regionais entre os estados-membros, impondo-se, algumas vezes, um tratamento constitucional desigual apto a corrigir, ou minimizar, certas disparidades.

A Constituição Cidadã destina dispositivos para delimitar os poderes de cada ente da federação e, para tanto, dispõe sobre cada uma de suas atribuições em seus artigos. Os artigos 21 e 22 dispõem sobre a competência da União, enquanto os artigos 23 e 24 versam sobre competências comuns entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Os capítulos seguintes, III e IV, tratam dos estados e dos municípios, respectivamente (Brasil, 1988).

Em que pese ser nítido o aperfeiçoamento, na atual Carta Magna, da repartição dos limites dos poderes e competências de cada poder da federação, é cediço que ainda existem empecilhos para o pleno funcionamento desse sistema, que podem indicar um possível enfraquecimento dos estados-membros.

3 GÊNESE E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DAS CARTAS CONSTITUCIONAIS

Criada no contexto da necessidade de estabilidade do novo Império do Brasil, a Constituição de 1824 tinha como objetivo consolidar o poder imperial e garantir a unidade nacional em um período de transição política. O federalismo foi implementado de maneira limitada, para preservar o controle centralizado.

Resultante da Proclamação da República, a Constituição de 1891 buscava a descentralização do poder e a formação de um sistema federativo mais parecido com o dos Estados Unidos, visando a uma maior autonomia para os estados e a construção de uma república federativa sólida.

Elaborada em um momento de crise e instabilidade, a Constituição de 1934 visava criar um equilíbrio entre centralização e descentralização, mas a crise política e social do período acabou levando a um fortalecimento do poder central.

A Constituição de 1937 foi promulgada no mesmo momento de decretação do Estado Novo, momento em que o governo sofria fortes ameaças de grupos políticos opostos. Buscava manter os poderes centralizados e praticamente ilimitados do poder executivo.

Já a Constituição de 1946, produzida após a Segunda Guerra Mundial e o fim do período de ditadura, procurou restabelecer a autonomia dos estados e a democracia, equilibrando a centralização do período anterior e promovendo uma maior estabilidade política.

Após a Constituição de 1967 e Emenda de 1969, foram criadas normas para consolidar o regime militar, fortalecendo o poder central e restringindo as autonomias estaduais e municipais, refletindo as características do regime autoritário.

Por fim, a Constituição de 1988, elaborada em um contexto de redemocratização e abertura política, visou garantir a descentralização e fortalecer a autonomia dos estados e municípios, promovendo um federalismo mais equilibrado e democrático.

4 FORTALECIMENTO OU ENFRAQUECIMENTO DAS UNIDADES FEDERADAS

Ao longo dos duzentos anos de constitucionalismo no Brasil, a evolução do federalismo tem sido marcada por períodos de fortalecimento e enfraquecimento das unidades federativas.

A Constituição de 1988 é o exemplo mais notável de fortalecimento das unidades federativas, promovendo uma descentralização significativa e garantindo maior autonomia para os Estados e Municípios. Essa Constituição promoveu um federalismo mais equilibrado, em que as unidades federativas têm um papel mais relevante e uma autonomia mais consolidada.

Todavia, o que está escrito nem sempre é o que prevalece. A Constituição Federal de 1988, marco fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, consagra o federalismo como a forma de organização do Estado, estabelecendo a divisão de competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O texto constitucional visa promover a descentralização político-administrativa e garantir a autonomia dos entes federados, de modo que cada unidade da federação tenha poderes para legislar, administrar e arrecadar tributos dentro de suas esferas de competência. No entanto, o que está previsto na Constituição em termos de descentralização e autonomia nem sempre reflete a realidade prática do federalismo brasileiro.

Em contraste, as Constituições de 1934, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 refletiram um enfraquecimento das unidades federativas, com uma maior centralização do poder e restrições às autonomias estaduais e municipais. Essas mudanças foram impulsionadas por contextos políticos específicos que demandavam maior controle centralizado.

Portanto, a trajetória do federalismo no Brasil revela uma dinâmica de alternância entre centralização e descentralização, com momentos de maior autonomia para as unidades

federativas intercalados com períodos de maior controle central. É certo que a Constituição de 1988 representa um avanço significativo para o federalismo, buscando promover um equilíbrio mais justo e assegurando a autonomia das unidades federativas em um contexto democrático. Mas a percepção real não parece refletir esse comando constitucional.

Um dos maiores desafios ao federalismo descentralizado no Brasil é a concentração da arrecadação tributária na União. Embora a Constituição preveja a autonomia financeira dos entes federados, a distribuição das receitas é amplamente desigual, resultando em uma forte dependência de estados e municípios em relação às transferências federais. Dados indicam que a União retém a maior parte das receitas tributárias, deixando os demais entes com uma parcela relativamente pequena. Consequentemente, estados e, sobretudo, municípios enfrentam dificuldades para financiar serviços públicos essenciais, como saúde, educação e infraestrutura, comprometendo sua autonomia real.

Essa concentração financeira contradiz o princípio de descentralização administrativa previsto no texto constitucional. Na prática, estados e municípios ficam submetidos a constantes negociações com a União para obter recursos, o que enfraquece sua capacidade de gerir políticas públicas de forma independente e com eficácia. Embora a Constituição formalize a autonomia financeira, a centralização tributária limita a liberdade de atuação dos entes federados.

O enfraquecimento do federalismo brasileiro, conforme destacado em entrevista com o prefeito do segundo maior colégio eleitoral do Estado de Minas Gerais, Odelmo Leão (2024), reflete o pensamento do administrador público no sentido de uma desconexão crescente entre as responsabilidades atribuídas aos diferentes níveis de governo e os recursos efetivamente disponibilizados a eles.

Destacam-se pontos cruciais na vida cotidiana dos municípios, como i) desigualdade de recursos e responsabilidades, ii) saúde pública, iii) segurança pública, iv) habitação, etc.

O exemplo de Uberlândia ilustra como a falta de recursos estaduais e federais tem forçado os municípios a assumirem responsabilidades que tradicionalmente deveriam ser compartilhadas. A administração municipal tem sido obrigada a custear serviços essenciais como saúde pública e habitação devido à insuficiência de investimentos estaduais e federais. A sobrecarga financeira e a necessidade de administrar áreas cruciais, como a saúde e a segurança, sem o devido suporte, resultam em um ciclo vicioso de insatisfação e ineficiência.

A escassez de investimentos federais em saúde tem levado Uberlândia, segundo menciona Leão (2024),³ a assumir custos significativos para suprir a demanda de seus cidadãos. A falta de novos leitos hospitalares financiados pela União e a redução na capacidade de instituições federais, como o Hospital de Clínicas da UFU (Universidade Federal de Uberlândia), destacam a necessidade urgente de uma revisão na distribuição de recursos e responsabilidades. A gestão municipal, apesar dos esforços e inovações, enfrenta desafios significativos, como filas de espera extensas e superlotação, que evidenciam a falha na colaboração intergovernamental.

No campo da segurança pública, segundo o alcaide, o Município de Uberlândia tem investido consideravelmente, mas ainda enfrenta problemas devido à falta de investimentos estaduais, como a diminuição do efetivo da Polícia Militar e a ausência de uma guarda civil municipal. O município tem buscado alternativas, como o uso de câmeras de monitoramento e sistemas de segurança avançados, mas a falta de recursos externos limita a capacidade de abordar todos os aspectos da segurança pública, incluindo o atendimento a pessoas em situação de rua (Leão, 2024).

Já sobre o setor habitacional, destaca o prefeito, também sofre com a escassez de apoio federal. A paralisia de programas federais e a limitação dos recursos disponíveis forçam os municípios a buscarem soluções alternativas. Em Uberlândia,

³ LEÃO, Odelmo Leão Carneiro Sobrinho. *Entrevista sobre a gestão pública em Uberlândia com foco no federalismo*. Uberlândia, 27 jul. 2024. Não publicado.

apesar dos esforços para construir novas residências e implementar programas habitacionais, a falta de continuidade e investimento federal representa um obstáculo significativo.

A situação descrita, analisada sob o aspecto do impacto no federalismo, evidencia um enfraquecimento do federalismo, em que a centralização de recursos e a falta de coordenação entre as esferas de governo contribuem para a sobrecarga dos municípios. A ausência de uma colaboração eficaz entre os níveis federal, estadual e municipal compromete a qualidade dos serviços públicos e a capacidade de atender às necessidades crescentes da população.

Em suma, na visão do administrador público Odelmo Leão (2024), o enfraquecimento do federalismo brasileiro se manifesta na dificuldade dos municípios em atender a demandas essenciais devido à falta de suporte adequado dos níveis federal e estadual. Para reverter essa situação, segundo seu entendimento, é fundamental que haja uma reavaliação da distribuição de responsabilidades e recursos, promovendo uma colaboração mais efetiva entre os diferentes níveis de governo.

No mesmo sentido do pensamento esposado pelo Prefeito Odelmo Leão (2024), o doutrinador Raul Machado Horta, em sua obra *Perspectivas do Federalismo Brasileiro, Estudos Sociais e Políticos* (1958), defendia que a solução de problemas do federalismo brasileiro era a realização de uma revisão da organização federativa por meio de uma repartição das rendas federais (*apud* Anacleto, 2008, p. 39).

Nesse contexto, há que se retomar os conceitos de federalismo simétrico e assimétrico.

O federalismo simétrico consiste em uma observância dos estados-membros da federação como um todo homogêneo, sem que haja uma preocupação com suas peculiaridades. Nesse modelo, considera-se uma similaridade e uniformidade de cultura e desenvolvimento social/econômico de todas as unidades da federação, visando a uma repartição de competência e receitas de forma unitária e isonômica entre os estados.

O federalismo assimétrico, em contrapartida, busca o equilíbrio e a cooperação, levando em consideração as divergências e particularidades de cada estado-membro da federação, de modo a implantar normas constitucionais destinadas a minar, ou, ao menos, diminuir tais diferenças.

Em análise às normas constitucionais brasileiras, constata-se que elas se aproximam, predominantemente, do federalismo simétrico, tendo em vista que são estabelecidas as mesmas previsões e prerrogativas para todos os 26 (vinte e seis) estados-membros e Distrito Federal.

Existem, de fato, algumas previsões constitucionais que seguem a cognição da assimetria, a título de exemplo o artigo 43, que prevê que, “para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais” (Brasil, 1988). Contudo, retoma-se que predomina a simetria na Carta Magna atual.

Considerando o apontamento do político e gestor de Uberlândia sobre o enfraquecimento do federalismo brasileiro, devido à dificuldade dos municípios em atender a demandas essenciais por falta de suporte adequado dos governos federal e estadual, propõe-se como solução a aplicação mais consistente do federalismo assimétrico na Constituição Federal.

Dessa forma, vislumbra-se um possível fortalecimento do federalismo no cenário político, social e econômico do país. Isso porque, em âmbito federal, haverá uma observância maior das peculiaridades de cada estado-membro, consistindo na elaboração de normas que atribua às unidades da federação competência para legislar sobre matérias específicas que, de fato, irão impactar na realidade da região.

Com efeito, do mesmo modo irão versar as constituições dos estados-membros, para que eles concedam aos municípios, também, a possibilidade de dispor sobre questões que facilitem a gestão da localidade, bem como dispor sobre a destinação de verbas para determinadas áreas, tudo isso de acordo com a especificidade e necessidade de cada região.

Certo é que a evolução do federalismo no Brasil, ao longo dos últimos dois séculos, revela uma trajetória marcada por tentativas de adaptação de modelos externos às realidades políticas, sociais e econômicas do país. Desde a adoção do federalismo na Constituição de 1891, passando pelas reconfigurações advindas das mudanças constitucionais, até a consagração da Federação na Carta de 1988, o Brasil tem buscado aprimorar esse sistema de descentralização do poder.

No contexto contemporâneo, é fundamental compreender os desafios e as nuances do federalismo brasileiro, especialmente no que tange à relação entre União, estados e municípios. Em entrevista concedida ao presente estudo, Durval Ângelo,⁴ conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e ex-deputado estadual por 24 anos, compartilhou suas reflexões sobre o desenvolvimento do federalismo no Brasil, com foco nos impactos sobre a gestão pública municipal e segundo o pensamento de Ângelo (2024):

A trajetória de 24 anos como deputado estadual em Minas Gerais, combinada com a experiência atual como conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, proporcionou-me uma visão privilegiada da dinâmica do federalismo brasileiro e de seus impactos na gestão pública, especialmente no âmbito municipal. O Brasil, ao adotar o federalismo como forma de organização político-administrativa, buscou inspiração no modelo norte-americano. No entanto, a nossa experiência histórica e as peculiaridades do nosso contexto social e econômico resultaram em um sistema com características próprias, que nem sempre se coadunam com o ideal original (Ângelo, 2024).

Essa perspectiva oferece um ponto de partida importante para a análise dos avanços e desafios enfrentados pelo federalismo brasileiro. De acordo com o entrevistado, a estrutura federalista instituída pela Constituição de 1988 visou, em tese, promover uma descentralização administrativa

⁴ ÂNGELO, Durval. *Entrevista sobre o federalismo brasileiro, sob a ótica do fortalecimento ou enfraquecimento, considerando as especificidades regionais*. Belo Horizonte, 28 ago. 2024. Não publicado.

e política, dando maior autonomia aos entes federados. No entanto, Durval Ângelo (2024) ressalta que, embora tenham ocorrido progressos, há uma persistente concentração de recursos tributários na União, o que enfraquece a autonomia financeira dos estados e municípios, tornando-os dependentes de transferências federais.

Além disso, como apontado por Ângelo (2024), a desigualdade regional e a dependência do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) são obstáculos a serem superados, particularmente para municípios de menor porte. O conselheiro enfatiza ainda a importância de instrumentos como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) e a definição de mínimos constitucionais nas áreas de educação e saúde. No entanto, ele alerta para a necessidade de um planejamento mais eficiente, integrado entre os diferentes níveis de governo, como forma de garantir que as políticas públicas atinjam seus objetivos de maneira eficaz.

Essa análise, oferecida por alguém com uma longa trajetória tanto no legislativo estadual quanto no Tribunal de Contas, permite uma compreensão mais profunda dos desafios contemporâneos do federalismo no Brasil. Como Durval Ângelo (2024) destaca, a experiência de Minas Gerais, com sua diversidade regional e municipal, evidencia a relevância de um equilíbrio entre a autonomia dos entes federados e a coordenação entre os diferentes níveis de governo. Esse equilíbrio é vital para o contínuo aprimoramento do federalismo brasileiro, que, embora tenha enfrentado diversas dificuldades, permanece um mecanismo essencial de descentralização política e administrativa.

A discussão sobre o federalismo brasileiro frequentemente destaca a tensão entre a descentralização teórica prevista na Constituição Federal de 1988 e a centralização prática que ainda persiste no país. No âmbito dessa análise, além das reflexões de Durval Ângelo, conselheiro do TCE-MG, é oportuno considerar as percepções de Antônio Augusto Junho Anastasia,⁵ ministro

⁵ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Entrevista sobre o papel do TCU no federalismo, evolução do sistema federalista e implicações positivas*

do Tribunal de Contas da União e ex-senador, que compartilhou sua visão sobre a questão federativa em entrevista ao presente estudo.

Anastasia começa sua análise apontando para uma crítica fundamental à gênese do federalismo brasileiro:

A federação brasileira é uma federação que decorre na realidade de uma questão artificial, já que, como todos sabemos, em 1891, ela foi inspirada no modelo americano e concedida autonomia às nossas províncias imperiais, não é, portanto, um Estado federal legítimo, digamos assim, raiz, como é o caso dos Estados Unidos, da própria Índia ou até da Alemanha (Anastasia, 2024).

Esse comentário ressoa com a reflexão de Durval Ângelo (2024) sobre as influências do modelo norte-americano no sistema federal brasileiro, mas Anastasia (2024) vai além ao identificar um problema mais profundo, enraizado na cultura política centralizadora do país. Ele ressalta que, embora a Constituição formalize um Estado federativo, a prática revela um regime que ainda preserva uma forte centralização de poder, especialmente no que tange à arrecadação tributária e à formulação de políticas públicas. Como destaca Anastasia (2024):

Na nossa identidade, no nosso DNA, não está, digamos assim, a questão federativa, nós somos por tradição um país centralizador e, assim, tem sido revisada, infelizmente, o nosso desenvolvimento, as políticas públicas, a concentração tributária, a questão da simetria federal, tudo isso acaba fortalecendo muito uma centralização que é, ao meu juízo, negativa para o Brasil (Anastasia, 2024).

Essa crítica à centralização excessiva é um ponto de convergência com a análise feita por Durval Ângelo, bem como

ou negativas para a governança e a coesão nacional. Brasília, 2024. Não publicado.

por Odelmo Leão, que também apontaram para os desafios enfrentados pelos Estados e Municípios devido à concentração de recursos na União. Todos destacam que a autonomia dos entes federados, embora prevista constitucionalmente, é limitada pela dependência financeira dos Estados e, em especial, dos Municípios.

No entanto, Anastasia destaca um aspecto positivo do modelo federativo brasileiro: a cooperação entre os entes federados. Ele menciona o exemplo do Sistema Único de Saúde (SUS) como uma demonstração bem-sucedida dessa “federação solidária”:

O que é mais positivo é nós imaginarmos que a federação brasileira adota o modelo da federação de fato de solidariedade, a federação solidária como se diz, ou de cooperação. Então, desse modo, União, Estados e Municípios se irmanam para a prestação de alguns serviços públicos comuns, e o exemplo mais cristalino e bem exitoso disso é exatamente o SUS (Anastasia, 2024).

Enquanto Durval Ângelo foca na necessidade de maior autonomia financeira e no planejamento integrado como formas de aperfeiçoar o federalismo brasileiro, Anastasia aponta para o desafio de superar a cultura centralizadora e de efetivar a descentralização prevista na Constituição. Ambos, no entanto, concordam que o federalismo é essencial para a gestão pública eficiente e para a promoção do desenvolvimento local, especialmente em um país com tantas desigualdades regionais.

Anastasia enfatiza a importância da descentralização para que os problemas sejam resolvidos localmente, de maneira mais rápida e eficiente:

Sempre disse que os problemas, quando resolvidos localmente, são resolvidos de maneira mais rápida e muito mais barata. Mas temos de romper esses grilhões psicológicos que nos vinculam ainda a um regime que é federal na teoria, na Carta Constitucional, mas que na prática ainda é muito centralizado (Anastasia, 2024).

Essa reflexão de Anastasia complementa a visão de Odelmo Leão, enquanto administrador de um município pujante, bem assim a visão de Durval Ângelo, com um olhar direcionado para as dimensões de um Estado como Minas Gerais, sobre o federalismo brasileiro como um sistema que, apesar dos avanços, ainda enfrenta desafios estruturais e culturais. Concordam que é necessário continuar trabalhando para aperfeiçoar o modelo federativo, garantindo uma maior autonomia aos Estados e Municípios, ao mesmo tempo em que se promove a cooperação e a eficiência na gestão pública.

Um aspecto que interfere na plena descentralização é o alto grau de regulação e a predominância da União em questões normativas. Embora os estados e municípios tenham poderes legislativos próprios, muitas das decisões de maior relevância são tomadas em âmbito federal, o que limita a autonomia das unidades federadas para adaptar as políticas públicas às suas realidades locais.

Esse cenário é ilustrado pelo que ocorre em setores como Educação e Saúde. A Constituição confere aos municípios papel fundamental na gestão dessas áreas, mas o poder de regular, financiar e até de implementar políticas é, em muitos casos, centralizado. O Sistema Único de Saúde (SUS), embora seja um exemplo de cooperação federativa bem-sucedida, depende amplamente de recursos e diretrizes estabelecidos pelo governo federal, o que limita a autonomia local. As diretrizes estabelecidas pelo Fundeb também exemplificam essa dependência.

Com efeito, excesso de regulação e centralização normativa não são boas guias para o federalismo.

As profundas desigualdades regionais do Brasil também agravam a situação. Enquanto a Constituição prevê a cooperação entre União, Estados e Municípios para a promoção do desenvolvimento regional, a disparidade entre as regiões mais desenvolvidas e as menos favorecidas impede uma aplicação efetiva desse princípio. Regiões mais pobres, com baixa capacidade arrecadatória, tornam-se ainda mais

dependentes de transferências da União e carecem de recursos para implementar políticas públicas autônomas.

Esse fenômeno é ainda mais evidente nos pequenos municípios, que, em grande parte, dependem do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) para financiar suas atividades básicas. Essa dependência cria uma relação de subordinação econômica que impede a descentralização plena, uma vez que esses entes têm pouca margem para agir de maneira independente sem os recursos federais.

Outro fator que limita a descentralização na prática é a judicialização de questões federativas. O Supremo Tribunal Federal (STF), muitas vezes, assume o papel de árbitro em disputas entre União, Estados e Municípios, o que acaba reforçando a centralização das decisões em nível federal. A interpretação do STF sobre questões envolvendo a repartição de competências e a autonomia dos entes federados pode, em alguns casos, favorecer a União, reduzindo o espaço de atuação dos estados e municípios.

5 CONCLUSÃO

Apesar de o texto constitucional prever um federalismo cooperativo, no qual União, Estados e Municípios compartilham responsabilidades e trabalham de forma conjunta para o desenvolvimento do país, a prática mostra que esse ideal ainda está distante. Reformas estruturais, como a reforma tributária, têm sido discutidas como formas de corrigir essas distorções, redistribuindo melhor os recursos e garantindo maior autonomia financeira aos entes federados. Ocorre que, não raras vezes, atropelos no processo de formação legislativa acabam por distorcer a boa intenção normativa.

Além disso, é necessário fortalecer a cultura política de descentralização, promovendo uma maior responsabilidade dos Estados e Municípios na gestão de políticas públicas. Esse fortalecimento exige não apenas recursos financeiros, mas também a capacitação técnica e administrativa dos

gestores locais, de modo que possam utilizar suas prerrogativas constitucionais de maneira eficaz e independente.

Pode-se concluir que o federalismo brasileiro, tal como consagrado na Constituição de 1988, propõe um modelo de descentralização e autonomia para União, Estados e Municípios. No entanto, na prática, o que se observa é uma persistente centralização, especialmente no que se refere à arrecadação de recursos e à definição de políticas públicas. Essa discrepância entre teoria e prática revela a necessidade de uma reflexão contínua sobre o aprimoramento do modelo federativo, com o objetivo de garantir uma verdadeira descentralização e promover uma gestão pública mais eficiente e adaptada às realidades locais.

REFERÊNCIAS

ANACLETO, Sidraque David Monteiro. *O federalismo brasileiro e a jurisdição constitucional*. 2008. 95 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/648_arquivo.pdf. Acesso em: 16 ago. 2024.

BALEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001. v. II.

BALLEIRO, Aliomar; CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro. *Constituições Brasileiras*: 1967. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001. v. VI.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de

1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. I.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001. v. III.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

200
años



A CONSTITUIÇÃO E A PRIMEIRA REPÚBLICA

THE CONSTITUTION AND THE FIRST REPUBLIC

José Afrânio Vilela¹

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito dissertar, de maneira simples e objetiva, sobre as nuances sociais e políticas que marcaram a história do Brasil até a Primeira República, com ênfase na atuação política de importantes personalidades da época que, com sua atuação diligente em momentos e conquistas que alcançam os cidadãos até os dias atuais, influenciaram a história. O progresso da nação brasileira não é linear e constante. As complexas nuances que influenciaram a trajetória do Brasil e as suas constituições decifram os valores e princípios que estruturam a convivência social e política do Estado.

Palavras-chave: constituição; primeira república; Brasil.

ABSTRACT

This study aims to explore the social and political nuances that have shaped Brazil's history up to the First Brazilian Republic. It highlights the political contributions of key figures from this period, whose diligent efforts in critical moments and achievements continue to resonate with citizens today. The progress of the Brazilian nation is neither linear nor constant;

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça, graduado em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU, especialista em Direito Processual Civil, pós-graduado em Gestão Judiciária, pela Universidade de Brasília, autor de artigos jurídico-científicos, membro fundador da Academia de Letras Jurídicas de São João Del-Rei e Tiradentes, membro efetivo da Academia de Letras de São João Del-Rei e membro benemérito fundador da Academia de Letras de Ibiá, foi professor, em graduação e pós-graduação (Instituto de Educação Continuada – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- PUC MG e Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais). *E-mail:* rosenbau@stj.jus.br.

rather, it is influenced by complex factors that have shaped its trajectory and constitutions. These elements illuminate the values and principles that underpin social and political interactions within the State.

Keywords: constitution; first brazilian republic; Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição, como norma fundamental de um Estado, ocupa posição central no ordenamento jurídico e político das sociedades contemporâneas. O entendimento de sua essência e função remonta a conceitos clássicos, conforme exposto por Aristóteles, que relaciona a Constituição ao modo de ser de uma comunidade. No sentido jurídico, é a Constituição que concede fundamento de validade a todo o sistema e o encerra.

Na trajetória do Brasil, foram adotadas Constituições impostas e outras promulgadas por assembleias constituintes, revelando uma alternância entre regimes democráticos e fechados que marcam a história da nação. “O Brasil já foi uma monarquia e uma república, teve regimes democráticos e autoritários, governos civis e militares e foi palco de ao menos três golpes de Estado, além de ter passado por várias crises institucionais e constitucionais” (Silva, 2021, p. 65).

Momentos e personalidades importantes forjaram a vida do país, com reflexos políticos e jurídicos que alcançam os cidadãos até os tempos atuais. O progresso da nação brasileira não é linear e constante. As conquistas e avanços do país são marcados por complexos fatores sociais, econômicos, culturais e políticos.

Neste artigo, serão apontadas algumas das importantes conquistas advindas com a Constituição da Primeira República, sem se descurar do contexto da sociedade na época em que foi promulgada, com ênfase na atuação de personalidades como Antônio Afonso Lamounier Godofredo e Nilo Peçanha, nos

períodos que antecederam e sucederam a Primeira República.

Compreender a história da Constituição é, em última análise, decifrar os valores e princípios que estruturam a convivência social e política do Estado, refletindo suas dinâmicas de poder e a busca pela justiça e pela liberdade.

2 A CONSTITUIÇÃO E A PRIMEIRA REPÚBLICA DO BRASIL

De acordo com a proposta clássica, a definição apriorística de Constituição perpassa pelo modo de ser de uma comunidade, de uma sociedade ou de um Estado. Isso quer dizer a forma pela qual a sociedade é constituída e o modo pelo qual se apresenta em relação às outras comunidades, sociedades ou aos Estados (Aristóteles, 1988, p. 19).

Segundo o sociólogo Ferdinand Lassalle, “em todos os lugares do mundo e em todas as épocas sempre existiu e sempre existirá isso que chamamos de Constituição” (Lassalle, 1863 *apud* Fernandes, 2017, p. 25). Mesmo no período que antecedeu o movimento do constitucionalismo, as características sociais e políticas das comunidades eram reveladas de forma implícita e natural, materializando-se apenas no conceito sociológico, a partir da identificação, na dinâmica social, dos verdadeiros centros de poder e de decisão presentes nessa sociedade e dos interesses aos quais esse poder serve. É assim que se revela, inclusive, o clássico sentido sociológico de Constituição.

A partir do movimento do constitucionalismo, os ideais constitutivos dos Estados e da sociedade passaram a ser alocados formalmente em documento escrito que, naquele momento histórico e de acordo com os clamores sociais da época, refletia um período de ruptura.

Buscava-se no constitucionalismo do século XVIII a limitação do poder estatal, até então absoluto, com a necessária organização e estruturação do Estado, e a consecução de direitos e garantias fundamentais, ou a constitucionalização das liberdades individuais. A partir de então, as constituições passaram a ordenar em termos jurídico-políticos o Estado,

por meio de um pacto; a declarar um conjunto de direitos fundamentais e o respectivo modo de garanti-los; e a organizar o poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo limitado e moderado (Fernandes, 2017, p. 35).

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, erigida durante a Revolução Francesa, consignou, em seu 16º artigo, que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (Declaração [...], 1789).

No sentido jurídico, Constituição é a norma fundamental do Estado, estabelecendo o conjunto mais importante de normas conforme um critério hierárquico. De acordo com a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a Constituição concede fundamento de validade a todo o sistema jurídico e encerra o sistema. “Nesses termos, uma norma é válida quando uma norma hierarquicamente superior dá validade a ela, e assim sucessivamente, até chegar à Constituição” (Fernandes, 2017, p. 70).

2.1 Breve digressão sobre a Constituição brasileira de 1824

De 1501 até a Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822, o Brasil se organizou de maneiras diversas, tendo sido elevado à condição de Reino Unido de Portugal menos de 20 anos antes da Constituição do Império.

A Constituição Brasileira de 1824, a primeira do Brasil independente, foi erigida sob influência francesa, declarando direitos civis e políticos, como a liberdade, a propriedade e a segurança. Enunciou a Constituição do Império, no seu título 8º, denominado “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou

deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em

que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos meritos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórma das Leis.

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; de-

vendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito (Vide Lei n. 16/1834) (Brasil, 1824).

Além disso, a Constituição definiu um governo monárquico hereditário, constitucional e representativo; adotou como forma de Estado a do Estado Unitário, dividindo o território em províncias, governadas por um presidente escolhido pelo imperador; determinou a cidade do Rio de Janeiro como a capital do Brasil; e estabeleceu a separação de poderes em quatro: o poder moderador, o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial.

Apesar de incorporar formalmente alguns dos principais valores do constitucionalismo liberal do início do século XIX, como a separação de poderes e a declaração de direitos fundamentais, o constitucionalismo brasileiro do Império não é tido como materialmente liberal. Em primeiro lugar, porque a separação de poderes prevista pela Constituição de 1824 era bastante peculiar. Tanto o poder executivo como o poder moderador eram exercidos pelo imperador, contrariando a ideia de poder moderador como um poder neutro, central, previsto na obra de Benjamin Constant. Depois, porque a Constituição de 1824 era completamente alheia ao fato de que parte considerável da população brasileira era escravizada e inteiramente excluída da proteção constitucional. Somente em maio de 1888, o Brasil aboliu a escravidão (Silva, 2021, p. 68).

A resistência ao Império, com várias manifestações separatistas, culminou na Proclamação da República Federativa do Brasil, em 15 de novembro de 1889.

2.2 A Constituição da Primeira República do Brasil

Antes da promulgação da Constituição da República do Brasil de 1891, decretos provisórios alteraram a política

territorial e a política do País. Por meio do Decreto nº 1/1889 (Governo... 1889), foi proclamada provisoriamente e decretada, como a forma de governo da nação brasileira, a república. Foi determinado, ainda, que as províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, constituíssem os Estados Unidos do Brasil.

O país experimentava transformações resultantes de diversos fatores interligados. A abolição do trabalho escravo, ocorrida no ano anterior, ainda durante o período imperial, marcou o início de um processo de reestruturação social e econômico. Adicionalmente, a expansão da indústria, acompanhada pelo êxodo populacional do meio rural para os centros urbanos, contribuiu para a dinâmica econômica emergente, caracterizada pelo surgimento da inflação.

A adoção de uma forma de Estado que permitisse a repartição federal de competências mostrava-se necessária, a fim de alcançar a estabilidade dos novos arranjos institucionais e territoriais. Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil.

Inspirada no sistema constitucional dos Estados Unidos, a Constituição da Primeira República instituiu o sistema de governo presidencialista. A repartição de poderes foi tripartite, com a definição dos poderes legislativo, executivo e judiciário, o que pôs fim ao poder moderador.

Quanto aos direitos fundamentais, o art. 72 da Constituição assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (Brasil, 1891). A Constituição Republicana ampliou os Direitos Humanos, mantendo aqueles já instituídos no Império, consagrou a liberdade de associação sem armas, assegurou aos acusados a mais ampla defesa, aboliu as penas de galés, banimento judicial e de morte; criou o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder e instituiu as garantias da magistratura.

Nomes como os de Antônio Afonso Lamounier Godofredo e Nilo Peçanha se destacaram durante o Congresso Constituinte

da República, sobretudo em razão da defesa de ideais liberais efetivos que, implementados, impactaram a evolução da nação como sociedade.

Antônio Afonso Lamounier Godofredo foi um político mineiro que se elegeu deputado por nove vezes seguidas. A primeira, em 15 de novembro de 1890, permanecendo na Câmara até 1920.

Em uma de suas manifestações durante a 30ª Sessão do Congresso Constituinte da República, em defesa da liberdade de consciência religiosa, Antônio Afonso Lamounier Godofredo explanou:

O Sr. Lamounier Godofredo (Movimento de atenção)

Sr. Presidente, Srs. Membros do Congresso Nacional: o assumpto que escolhi para occupar, ainda que momentaneamente as vossas atenções é, sem duvida alguma, de summa importância e por demais melindroso – melindroso não só pela multiplicidade de opiniões como também, porque fere de perto um dos direitos mais sagrados e invioláveis do cidadão – a liberdade de consciencia.

Venho tratar da questão religiosa e, com especialidade, da liberdade de cultos, matéria consagrada nos arts. 10, § 2º, e 72, § 7º do projeto constitucional.

[...]

Quando, Sr. Presidente, após os acontecimentos de 15 de novembro que transformaram o organismo politico do paiz, o Governo Provisorio, cheio de abnegação e patriotismo, iniciou a série de reformas políticas e sociaes tendentes a consolidar o novo regimen inaugurado, eu vi a alma nacional levantar-se cheia de fé, cheia de confiança e aplaudir com delírio os beneméritos cidadãos que implantavam no seio da Patria os grandes dogmas, os grandes principios, as grandes idéias da escola republicana.

Reconstruir o paiz sob os moldes mais democraticos, mais liberaes era, sem duvida alguma, pensamento dominante, não só dos homens que tinham em mãos a responsabilidade do Governo, como de todos aquelles que sabem colocar acima dos interesses individuaes, acima das questões apaixonadas da politica, o engrandecimento moral, material e intelectual de nossa Patria

(*Muito bem*).

Duas reformas foram logo decretadas, como corolários de facto revolucionário. A multidão que presenciou, no campo da Acclamação, a brilhante vitória alcançada pelo Exército e Armada nacionais, compunha-se de todas as classes laboriosas e activas da sociedade. Lá estava o operário, que faz do trabalho a vida, muitas vezes uma série não interrompida de sacrifícios (*Muito bem*); lá estava o estrangeiro, que longe da pátria e ao nosso lado compartilhava de nossas alegrias: nivelar, portanto, todas essas classes sociais, chamá-las a cooperar na reconstrução do país. Tomando parte da nossa comunhão política, era dever que se impunha aos olhos do Governo Provisorio.

E tanto ele assim compreendeu, que dias depois promulgava as duas gloriosas reformas – o sufrágio universal e a grande naturalização. (*Muitos aploados*.)

Outra reforma, Sr. Presidente, de importância capital não se podia protellar: era a separação da Igreja do Estado. Quando foi publicado o decreto que veio discriminar os dois poderes, temporal e espiritual, eu confesso que tive sérios receios que eram tanto mais naturais. Quanto é certo que a Revolução de 15 de novembro, que reformou o systema politico do país, que sepultou em suas cinzas todos os ódios, todas as recriminações do passado, que iniciou uma politica de paz e de fraternidade, sob glorioso lema – não ha vencedores, não ha vencedores -, essa Revolução, repito, que operou todos esses milagres, não destruiu, não apagou as crenças, os sentimentos e as tradições do povo brasileiro.

[...]

O decreto de 7 de janeiro do anno passado que separou a Igreja do estado, foi escripto com tanta habilidade, com tanta sabedoria, que foi recebido com aplausos até esmo pelos próprios interessados na questão: os catholicos (*Muito bem*).

[...]

Quando, Sr. Presidete, fui eleito Deputado no tempo da Monarchia e tive a honra ou, antes, a gloria de entrar no parlamento brasileiro em nome das ideas republicanas, recusei-me a prestar o juramento do estylo, não porque fosse ele contrario às minhas crenças religiosas, mas porque era contrario ás minhas convicções politicas (*Muito bem*).

A escola americana, Sr. Presidente, que tem por fim sustentar a independência reciproca dos

dous poderes, encontra hoje grande numero de partidários, ate mesmo nas fileiras do Clero.

E justamente nos paizes onde predomina esta escola que a Religião Catholica mais tem florescido e onde o Evangelho rege a opinião e os costumes.

Que contraste, Sr. Presidente, não nos oferecem a Hespanha e a Italia dente das conquistas gloriosas alcançadas pela liberdade de consciencia, na America do Norte, no Canadá, na Irlanda e em diversos cantões da Suissa? É uma verdade, Sr. Presidente, consagraa pela experiencia. Que toda religião de Estado é uma religião morta. Ao passo que toda Egreja separada do Estado é uma Egreja viva! (*Muito bem*).

Esta escola. Sr. Presidente, que tem por fim estabelecer a mais completa independência entre os dous poderes vai bsucar o seu fundamento na grande máxima christã: - Dai a Cesar o que é de Cesar, e a Deus o que é de Deus.

Foi o próprio fundador da Egreja Catholica quem proferiu essas palavras; foi elle, portanto, Sr. Presidente, que em nome da liberdade e do Evangelho, pediu a separação da Egreja do Estado – separação que, na frase de Vinet, não é uma questão de conveniências, de perfeição ou de época, mas o dever, o direito, a necessidade (Brasil, 1926, p. 462).

O Estado realmente se tornou laico. Os esforços dos congressistas foram efetivos para a separação entre a igreja e o Estado, que deixou de adotar a religião católica como sendo a oficial. A Constituição de 1891 marcou o fim do Estado confessional, garantiu a liberdade religiosa e o direito de cultos públicos para todas as religiões.

Assim, ao declarar os direitos, o art. 72 da Constituição estabeleceu que todos os indivíduos e confissões religiosas poderiam exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum (§ 3º); que a Republica só reconheceria o casamento civil, cuja celebração era gratuita (§ 5º); e que os cemitérios teriam caráter secular e seriam administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendessem a moral pública e as leis (§ 5º).

É manifesta a influência de Antônio Afonso Lamounier Godofredo na luta republicana brasileira em prol da instituição de um Estado efetivamente liberal, federalista, democrata e antimilitarista.

Além da defesa da liberdade de religião, merece destaque a sua participação ativa na defesa do direito político das mulheres. Lamounier Godofredo assinou uma emenda de autoria de Saldanha Marinho ao projeto de Constituição, conferindo o direito ao voto à mulher brasileira. A intenção era o preenchimento da lacuna normativa sobre o voto feminino ainda na Constituição de 1891, uma vez que os projetos de Constituição mencionavam o termo “o eleitor” para designar o cidadão apto a votar.

A emenda assinada por Antônio Afonso Lamounier Godofredo propunha o sufrágio feminino em termos abrangentes, deste teor:

1º Fica garantida às mulheres a plenitude dos direitos civis, nos termos do art. 72;
2º Fica conferido o direito eleitoral às mulheres diplomadas com títulos científicos e de professora, às que estiverem na posse de seus bens, e às casadas, nos termos da lei eleitoral (Brasil, 1891).

Apesar das 32 assinaturas favoráveis, a emenda foi rejeitada.

Isso não significou, todavia, a cessação das lutas em prol do sufrágio feminino, que veio a ser efetivado mais de 40 anos depois, no primeiro governo de Getúlio Vargas.

Antônio Lamounier atuou diligentemente na Constituinte da República e, depois dela, durante os mandatos ordinários na Câmara dos Deputados.

O Constituinte Godofredo, natural de Itapecerica, onde faleceu em 1929, era ascendente direto de D. Alzira Lamounier Vilella, avó deste articulista.

Outra relevante personalidade da Constituinte da Primeira República foi Nilo Peçanha. Nascido em 2 de outubro

de 1867, em Campos dos Goytacazes, Estado do Rio de Janeiro, participou das campanhas abolicionista e republicana. Foi eleito para a Assembleia Constituinte em 1890. Em 1903, foi eleito sucessivamente Senador e Presidente do Estado do Rio de Janeiro, permanecendo no cargo até 1906, quando foi eleito Vice-Presidente da República na chapa de Afonso Pena.

Como Presidente do Estado do Rio de Janeiro, assinou, em 26 de fevereiro de 1906, o Convênio de Taubaté, firmado com os Estados de São Paulo e Minas Gerais, para proteger a produção brasileira de café que, desde o século XIX, havia se tornado o principal produto econômico do País.

Em março de 1906, Nilo Peçanha foi eleito Vice-Presidente da República. Com a morte de Afonso Pena, em 1909, assumiu a Presidência da República e, durante o seu governo, criou o Ministério da Agricultura, Comércio e Indústria, o Serviço de Proteção ao Índio e inaugurou o Ensino Técnico no Brasil, com as Escolas Aprendizes Artífices (EAA).

Em 1921, foi candidato à presidência da República pelo Movimento Reação Republicana. Embora apoiado pelas lideranças situacionistas de Pernambuco, da Bahia, do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, e por boa parte dos militares, foi derrotado pelo mineiro Arthur Bernardes nas eleições de 1º de março de 1922. Nilo Procópio Peçanha faleceu em 1924, no Rio de Janeiro.

Apesar de todas as crises e rupturas ao longo de toda a história republicana brasileira, foi na Constituição de 1891 que as bases políticas do País foram erguidas: a república, o presidencialismo, os três poderes e o federalismo. Não há como afastar a relevância histórica da Constituição da Primeira República para a sociedade brasileira moderna e a dos atores que a formaram.

3 CONCLUSÃO

A análise da evolução histórica da Constituição revela, em última instância, a decodificação dos valores e princípios que fundamentam a convivência social e política do Estado, refletindo as dinâmicas de poder, a busca pela justiça, a preservação das liberdades individuais e a garantia dos direitos sociais.

No contexto brasileiro, observa-se a adoção de Constituições, tanto impostas quanto promulgadas por assembleias constituintes, evidenciando uma alternância entre regimes democráticos e autoritários que permeiam a trajetória da nação. O Brasil, ao longo de sua história, experimentou distintas formas de governo, incluindo a monarquia e a república, além de ter vivenciado períodos de regimes democráticos e autoritários, com a ocorrência de pelo menos três golpes de Estado e diversas crises institucionais e constitucionais.

Momentos históricos e figuras proeminentes desempenharam papéis cruciais na formação da vida política do País, cujos reflexos jurídicos e políticos perduram até os dias atuais. O desenvolvimento da nação brasileira é marcado por um entrelaçamento de fatores sociais, econômicos, culturais e políticos que moldaram suas conquistas e avanços.

Apesar das crises e rupturas que balizaram a história republicana do Brasil, é inegável que a Constituição de 1891 estabeleceu as bases políticas do país, consagrando a república e o presidencialismo, além de erigir os três poderes da União e o federalismo. Dessa forma, a relevância histórica da Constituição da Primeira República se impõe como um pilar fundamental para a compreensão da sociedade brasileira contemporânea e dos protagonistas que contribuíram para a sua formação.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

BRASIL. *Annaes do Congresso Constituinte da República*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1926. v. II. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1890/1890%20Livro%202.pdf. Acesso em: out. 2024.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Senado Federal, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Brasília: Senado Federal, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: out. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. *CLBR*, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d0001.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201%2C%20DE%20

15,devem%20reger%20os%20Estados%20Federais. Acesso em: out. 2024.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. *O voto feminino no Brasil*. 2.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. *E-book*.

PEÇANHA, Nilo. *O homem, o político*: homenagem a Nilo Peçanha. Rio de Janeiro: Câmara Municipal de Campos dos Goytacazes, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SOARES, Tiago de Castilho. *Retórica e política no Congresso Constituinte de 1890-1891*. Tese. 2011. (Doutorado em Sociologia Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC, 2011.

200
años



A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NA EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

PREJUDICIAL QUESTION OF INCONSTITUTIONALITY IN THE EVOLUTION OF BRAZILIAN LAW

José Marcos Rodrigues Vieira¹

RESUMO

O Direito Constitucional brasileiro, aos seus 200 anos, parece ter resolvido a questão da coisa julgada no controle difuso, sob a repercussão geral do recurso extraordinário. Cuida-se da dimensão completa da aplicabilidade dos artigos 503, §§ 1º e 2º, e 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil de 2015. Supera-se a visão compartimentada de coisa julgada inter partes do controle difuso e de coisa julgada *erga omnes* do controle concentrado, com que, durante longo tempo, se contentou parte da doutrina, sobretudo a constitucionalista, ainda que em confronto com o CPC revogado, que exigia a declaratória incidente para a coisa julgada de questão prejudicial, técnica abolida pelos arts. 1.054 e 503 e § 1º do CPC vigente. E se faz a ligação entre a vinculação jurisprudencial e a objetivação do controle concreto, de modo a completar o sistema brasileiro, já de si dos mais apropriados à prática, com adequadas repercussões, da relevante e complexa jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional brasileiro; 200 anos; controle difuso; prejudicial de inconstitucionalidade; coisa julgada; extensão.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, doutor em Direito pela UFMG, professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG, autor dos livros: *Da ação cível*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002; e *Coisa julgada: limites e ampliação objetiva e subjetiva*, Salvador: Juspodivm, 2016, 2. ed. 2020, ex-professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. E-mail: gab.josemarcosvieira@tjmg.jus.br.

ABSTRACT

Brazilian Constitutional Law, at its 200th anniversary, seems to have resolved the issue of *res judicata* in diffuse constitutional control, under the general repercussion of extraordinary appeals. This concerns the full applicability of Articles 503, §§ 1 and 2, and 489, § 1, IV, of the 2015 Code of Civil Procedure. It overcomes the compartmentalized view of *inter partes res judicata* in diffuse control and *erga omnes res judicata* in concentrated control, with which part of the doctrine, especially constitutionalist, had long been satisfied, even in contrast to the repealed CPC, which required the declaratory incident for *res judicata* on a prejudicial issue—a technique abolished by Articles 1.054 and 503, § 1 of the current CPC. It establishes the connection between jurisprudential binding and the objectification of concrete control, thus completing the Brazilian system, already one of the most suitable for practice, with appropriate repercussions for the relevant and complex constitutional jurisdiction.

Keywords: Brazilian Constitutional Law; 200 years; diffuse control; prejudicial question of inconstitucionality; *res judicata*; extension.

1 PRIMEIROS TEMPOS

Neste artigo, falar-se-á de duas figuras relevantíssimas: a do construtor do Império, Andrada, e a do construtor da República, Rui.

Pouco antes do Grito do Ipiranga, por Decreto de 3 de junho de 1822 e sob influência de Andrada, fora convocada a Assembleia Nacional Constituinte, cujos 100 Deputados seriam eleitos pelas 17 Províncias, conforme o Decreto nº 57, de 19 de junho de 1822, e que seria instalada em 3 de maio de 1823, sob a Presidência do Bispo do Rio de Janeiro, D. José Caetano da Silva Coutinho (Brasil, 1978).

Embora não lograsse o compromisso constitucional do Monarca - se bem que não o solicitasse para atendimento prévio, ao contrário da classe política emergente - Andrada garantiria, com a centralidade do Imperador, a unidade nacional - que, ante a extensão territorial, somente confirmaria o 7 de setembro de 1822 em 2 de julho de 1823, data cuja importância, de término das Guerras de Independência, é justamente evocada em belíssima coluna no Campo Grande, em Salvador - BA (Monumento ao Dois de Julho, 2024).

D. Pedro I, logo após convocá-la, dissolveria a Constituinte em 12 de novembro de 1823. Sua atitude era de repressão ao Projeto da "Comissão dos Sete", que não reconhecia o Poder Moderador, nem a possibilidade de o Imperador dissolver a Câmara dos Deputados; e que acrescia o efeito de renúncia ao Império brasileiro, à hipótese de o Imperador ou herdeiro suceder em coroa estrangeira e aceitá-la, bem como incluía a permissão de o Imperador perdoar qualquer Ministro (Brasil, 1823).

O que teria determinado tais regras do Projeto da Constituinte, em busca de um parlamentarismo, fora a insatisfação ante riscos perceptíveis: de preferência do Monarca pelos portugueses, sobretudo os oficiais da guarnição da Corte; de dissolução da Câmara dos Deputados e responsabilização pessoal dos legisladores, a quem o Imperador só perdoaria a pena de morte; e de execução do plano de, na sucessão dinástica de D. João VI, reunificar as Coroas do Brasil e de Portugal.

Dir-se-ia, parafraseando Thomas Carlyle (1962, p. 220), que tal situação teria perpassado a etapa de discussões, se *a fama não fosse um acidente e a História uma destilação do rumor*.

No dia imediato à dissolução da Constituinte, criava o Imperador um Conselho de Estado, de dez membros, incumbido de elaborar outro projeto de Constituição, o qual seria apresentado em 11 de dezembro de 1823. Aprovado, sem discussão, pelo Decreto nº 8, de 4 de janeiro de 1824, do

Presidente do Conselho, com menos de um mês de elaboração, era evidente que repetiria, em grande medida, o da Assembleia Constituinte dissolvida (Garcia, 2024).

Excepcionavam-se, porém, os dispositivos pertinentes ao controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, do Anteprojeto de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, que foram sufocados pelo art. 173, por haver incompatibilidade com o Poder Moderador – introduzido pela Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 –, conquanto curiosamente dados a conhecer pelo próprio D. Pedro I, que, *ainda em 1824, propiciou a publicação integral dos Anais da Constituinte –, inclusive da sessão em que a dissolveu –, e cujos manuscritos haviam sido preservados pelo Oficial-Maior da Constituinte, Theodoro José Biancardi* (Menck, 2023).

É por isso que, segundo assevera José Theodoro M. Menck, “a dissolução da Assembleia Constituinte encerra um dos grandes enigmas políticos [...], porquanto o Imperador era sinceramente constitucionalista [tendo outorgado] [...] uma Carta Constitucional lastreada no texto preparado pela Constituinte” (Menck, 2023, p. 19).

O aludido art. 173 da Carta do Império dispunha: “a Assembleia Geral no princípio das suas Sessões examinará se a Constituição Política do Estado tem sido exactamente observada, para prover, como fôr justo” (Brasil, 1824): faria reclame, talvez, da contrafação napoleônica do *Collège des Conservateurs*, do abade Sieyès, o *Sénat Conservateur*, que desacreditara, no dizer de Burdeau, o controle político francês de constitucionalidade (Horta, 1995).

Note-se que os artigos 266 a 268 do Projeto da Constituinte reproduziam as instituições norte-americanas (Continentino, 2015): perdêramos a oportunidade de, ainda no início do século XIX, ter introduzido o controle jurisdicional de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Lei de 18 de setembro de 1828, teria de introduzir o exercício do controle,

mediante interpretação dos textos sobre as suas próprias funções (Barbi, 1977). Escusado dizer que, se o fizesse, travaria embate inglório com o Poder Moderador e a guarda da Constituição pelo Legislativo.

Verdadeira frustração da democracia incipiente, com juízes livremente nomeados e exonerados pelo Imperador, o Órgão máximo do Judiciário do Império não iria além do que coubera à Casa de Suplicação do Rio, que fora fundada pelo Príncipe Regente (o então futuro D. João VI) por Alvará de 10 de maio de 1808. Agindo de modo similar ao da Casa de Suplicação de Lisboa, o Supremo Tribunal de Justiça não raro desserviu à garantia estampada no inciso XXX do art. 179 da Constituição do Império, dispositivo, na verdade, herdado da Constituição Espanhola de Cádiz, de 1812:

Todo cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a *competente Autoridade* a efetiva responsabilidade dos infratores (Brasil, 1824, grifo nosso).

Eis descrita a tímida abertura, no constitucionalismo brasileiro, ora bicentenário, a ideia do controle de constitucionalidade das leis. "Competente autoridade", dita elipticamente, seria o Poder Judiciário. Tínhamos Imperador Constitucional, cujo autoritarismo, somente em 6 de maio de 1826, permitiria o surgimento da primeira Assembleia Legislativa brasileira, dois anos e meio após a dissolução da Constituinte (Sousa, 1957).

Quase quarenta anos mais tarde, Teixeira de Freitas (1876) iria desfraldar, pela primeira vez, a bandeira do controle jurisdicional de constitucionalidade, na discussão sobre o Decreto nº 1.906, de 10 de setembro de 1860 (Brasil, 1860), da Assembleia Geral, quando procurava estender a filhos de estrangeiros em iguais condições que os pais a cidadania brasileira. Conjugando o Decreto e a Constituição, revelava a distinção entre cidadania (instituto civil) e nacionalidade (instituto

constitucional), do que discordava Pimenta Bueno (1857), para quem a Constituição os teria por sinônimos.

E a história não prosseguiu na mesma linha. Para retirar objeto ao controle, até o advento da República, por doze vezes, nos períodos dos dois Imperadores, ocorreria a dissolução da Câmara dos Deputados. Dentre os atos do Poder Moderador, contidos no art. 101 da Constituição Imperial, tornava-se comum a sanção imperial de decretos e resoluções da assembleia geral para terem *força de lei* (art. 62) (Brasil, 1824).

E aí figurava o dilema. Força de lei, em última análise, não do ato legislativo, mas da vontade da autoridade central, distante também da força de lei da coisa julgada, que só viria a se estabelecer a partir do CPC de 1939 (art. 287), repetido pelo de 1973 (art. 468) e, hoje, pelo de 2015 (art. 503, *caput*) (Brasil, 1939, 1973, 2015).

Repugnava à dimensão do Poder Moderador (art. 98) até mesmo a dimensão de presunção legal absoluta, de cariz jusromanista, que o Regulamento nº 737, de 1850, em seu art. 185, viria atribuir à coisa julgada (Brasil, 1850). A força de lei, propriedade do julgamento de mérito tornado irrecorrível, era frequentemente negada aos pronunciamentos do Judiciário, pouco importando que a Constituição Imperial o declarasse poder independente (art. 151).

O Império, todavia, teve de cumprir uma exigência republicana, a abolição da escravatura, e perdeu seu sustentáculo ruralista.

Rui, Conselheiro do Império e abolicionista, seria o construtor da República, arrimado sempre ao federalismo, antes, das Províncias, a seguir, dos Estados. Faria introduzir o controle difuso ou concreto de constitucionalidade na Constituição de 1891, de cujo texto fora o principal autor, além de provocá-lo na prática, apesar dos tropeços e das dificuldades de postulação perante a resistência de Floriano Peixoto – que, aliás, invocava a Disposição Transitória da própria Constituição.

Rui, de duas formas provocava a jurisdição constitucional, pelo controle difuso de constitucionalidade e pelo desen-

volvimento da doutrina brasileira do habeas corpus. Persuadia o Supremo Tribunal Federal a exercer a sua competência, já institucionalizada, contrastando-a com a da Suprema Corte dos Estados Unidos e lembrando aos nossos Ministros que a esta, sem regra equivalente, bastara uma inferência a partir do texto constitucional.

É verdade que, apesar de seu indesmentível gigantismo de tribuno e cientista do direito, Rui não admitiu e mesmo repudiou, por fidelidade à doutrina norte-americana, o controle concentrado de constitucionalidade. Não obstante, toda a nossa experiência do controle concentrado lhe deve a integridade dos princípios democráticos.

2 ÚLTIMOS TEMPOS

Por ocasião do bicentenário do Direito Constitucional brasileiro, dada a variedade de temas que envolve, volve-se a atenção a um aspecto atual do controle de constitucionalidade: a ampliação de eficácia do julgamento da prejudicial de inconstitucionalidade, em via difusa.

Antes, um retrospecto das duas vias: 1) o controle jurisdicional difuso, introduzido pela Constituição Republicana de 1891 (art. 59, § 1º, a), punha termo à influência da Constituição francesa de 1814 sobre a Constituição do Império, que outorgara ao próprio Poder Legislativo (art. 15, nº 8) a suspensão e a revogação da produção normativa, a quem atribuía, ainda, velar pela guarda da Constituição (art. 15, nº 9) (Mendes; Coelho; Branco, 2008). A Constituição de 1934 manteria o controle difuso ou incidente, acrescentando-lhe o *quorum* de maioria absoluta dos tribunais (art. 179) e a suspensão, pelo Senado, da exequibilidade de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Judiciário (combinado com o art. 96, o art. 91, IV, regra que seria repetida em todas as nossas Constituições posteriores, salvo a de 1937) (Brasil, 1934); 2) o controle jurisdicional concentrado, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, interventiva,

de natureza subjetiva, introduzida pela Constituição de 1934; e a seguir, verdadeiramente, como controle objetivo, a partir da Constituição de 1946 e, sobretudo, da Emenda nº 16/65, com a representação por inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade, com tal nomenclatura, surgiria na Constituição de 1988, mas, desde a Constituição de 1967/1969, a exemplo da expressão do voto do Ministro Moreira Alves, em Questão de Ordem na ADC 1/DF (DJ de 16.06.1995), ficara definida:

Não há [uma] prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, [mas] a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados (Brasil, 1995).

Na atualidade, unidas a natureza incidenter (não incidenter tantum) do controle difuso e a natureza principaliter do controle concentrado, a questão prejudicial de inconstitucionalidade, se suscitada em via de repercussão geral no recurso extraordinário, tem assumido foros de eficácia contra todos e efeito vinculante. Nesse sentido, os recentes acórdãos no RE 949.297-CE (Brasil, 2024) e no RE 955.227-BA (Brasil, 2023b). Mas, desde 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 (Brasil, 2004), chamada de Reforma do Poder Judiciário, já se dizia:

Fala-se da súmula vinculante e de outros institutos que almejam reservar ao Pretório Excelso o papel de Corte Constitucional. Existem pessoas que há tempos defendem o retorno da arguição de relevância para que o extraordinário seja admitido, o que de certa maneira se consubstanciou pelo requisito da transcendência [ou repercussão geral], estabelecido pela novel Emenda (Feres, 2006, p. 622).

Com a concepção de filtro de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de minorar a carga de trabalho do Supremo Tribunal, o requisito da repercussão geral requalifica

objetivamente todo e qualquer recurso extraordinário. E, a partir de tal facies, objetivo e de alto espectro político, é axiomático terem efeitos ampliados os julgados em RE interpostos após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em ambos os referidos acórdãos, RE 949.297-CE e RE 955.227-BA, superou-se a regra do art. 52, X, da Constituição da República de 1988. É conhecida a discussão que se deu na Reclamação 4.335/AC, quando o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco invocou o art. 52, X, da Constituição da República, para não cumprimento de aresto do STF que determinou a adoção da progressão de regime na execução penal quanto a crimes hediondos. No julgamento da reclamação, vingou, por maioria, a tese da mutação constitucional, sustentada pelo relator, Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2014).

Admitida ou não a mutação constitucional, de qualquer modo, a doutrina explica o desaparecimento da velha função do Senado, resquício da concepção de um superpoder para a jurisdição constitucional, justificativa, aliás, em alguns estados europeus, de Cortes Constitucionais distintas das Cortes do Poder Judiciário. No dizer de Raul Machado Horta:

À técnica anteriormente circunscrita ao poderoso modelo norte-americano ou ao acanhado e defeituoso ensaio de 'jurisdição política do Sénat Conservateur', renovada na Constituição francesa de 1852, acrescentou-se, como novidade, o estabelecimento do controle por 'órgão especial' com jurisdição própria (Horta, 1995, p. 181).

Não se pode agir de modo a tornar incerto o passado em nosso país, dizia o Ex-Ministro Pedro Malan (Freitas, 2025). A frase, que não se poderia justificar por sermos uma nação jovem, carrega um sentido de autocrítica, a fim de não se introduzir no passado o que se gostaria que dele tivesse constado e que agradaria aos pósteros.

Lembra-se a crença de que o Poder Moderador, segundo o positivismo do suíço Benjamin Constant, realizaria a supe-

rioridade de um Tribunal exclusivamente Constitucional, órgão político no mais alto sentido, de função não jurisdicional. Cabe invocar os termos da advertência de Oscar Corrêa: “conforme os moldes nos quais se estabelecesse, a Corte poderia transformar-se naquela Terceira Câmara, invadir a área do Legislativo, pela sua condição estritamente política” (Corrêa, 2010, p. 895).

Os Tribunais Constitucionais seriam esse órgão especial. Em seu lugar, no Império do Brasil, fora destacada a função para o Poder Moderador, este cuja agonia terá sido paradoxalmente seu momento mais relevante: ao incumbir dois juristas (Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira) de viagem de estudos à Suprema Corte norte-americana, D. Pedro II cedia ao apelo de passar aquela função para o Supremo Tribunal de Justiça (Leal, 2022).

Entrevê-se, portanto, que o Senado assumiu função que pertencera ao Poder Moderador, superior ao Judiciário de seu tempo.

E, conquanto desafiadora, a exegese do art. 52, X, da Constituição de 1988 (que é reprodução, regressivamente, do art. 42, VII, da Emenda nº 1/1969, do art. 45, IV, da Constituição de 1967, do art. 64 da Constituição de 1946, alterado pela Emenda nº 16/1965, e do art. 91, IV, da Constituição de 1934) (Brasil, 1934, 1965, 1969, 1988), raia hoje pela concepção de desnecessidade de concurso do Senado Federal durante o controle, nem sequer em sua etapa final – como decorrência do controle difuso sob repercussão geral do recurso extraordinário.

Passando por todas as Constituições, salvo a de 1937 (Brasil, 1937), o Senado Federal tem um encargo que sempre foi discutido. Estaria obrigado a cumpri-lo? Ou teria simples faculdade? Experimentada a prática de o Judiciário supeditar o *decisum* constitucional aos demais Poderes, advém o amadurecimento da conclusão sobre o objeto do art. 52, X, da Constituição da República de 1988 (Brasil, 1988), diverso do propalado. Adiante, ele será descrito justificadamente.

A afirmativa sobre o significado, a seu ver puramente histórico da regra do art. 52, X, da Constituição de 1988, feita

pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.335/AC (Brasil, 2014), foi alvo de crítica do Ministro Ricardo Lewandowski. Se, para o primeiro, estaria justificada a mutação constitucional, cumpre-se observar que a mutação é antes dos intérpretes que do texto. Desde a origem – ainda que não se tivesse o *stare decisis*, que não o herdamos das instituições do *Common Law* – em nosso controle difuso a regra jamais recebeu interpretação literal, pois, conquanto provocado, nem sempre o Senado Federal cumpriu sua competência.

Investigar-se-á, por fundamentos jurídicos, a possibilidade de o julgado em repercussão geral produzir coisa julgada *erga omnes*, como propriedade atraída ao controle difuso. Isso, a começar dos referidos acórdãos do RE 949.297-CE (Brasil, 2024) e do RE 955.227-BA (Brasil, 2023b), em que foi possível ao Supremo Tribunal desgarrar-se do caso concreto, para, mesmo na chamada via de exceção, afetar prospectivamente a coisa julgada em relações jurídicas continuativas.

Objetiva-se demonstrar que a justificativa de ligação entre o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade tem antigas raízes, que a ninguém deveria estranhar e que são revividas pelo Código de Processo Civil de 2015, nos requisitos previstos nos parágrafos 1º e 2º do art. 503 (Brasil, 2015), para julgamento da questão prejudicial incidente com o caráter de coisa julgada.

Não desconhecemos vozes no sentido de que a disciplina do CPC de 2015 (arts. 503, e 1.054) não se aplique à prejudicial de inconstitucionalidade (Minami e Peixoto, 2017). Mas refutamos sua justificativa de restringir-se ao primeiro grau de jurisdição o requisito de competência absoluta, do inciso III do § 1º do art. 503 do CPC (Brasil, 2015). Seria como se se desnaturasse tal competência em grau recursal. A jurisdição, no controle difuso, inicia-se em primeiro grau, e os critérios objetivos de determinação da competência são tratados, nos Códigos, em geral originariamente, o que não desacredita a subsequente competência hierárquica.

Eis o regramento do inciso III do § 1º e do caput do art. 503, do CPC, vertido em ordem direta de sua articulação: “a resolução de questão prejudicial decidida expressa e incidentemente no processo tem força de lei, se o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal” (Brasil, 2015).

A vingar a interpretação de que a competência absoluta não se transmite às instâncias recursais, dir-se-á que não pode surgir coisa julgada (força de lei), nem sequer inter partes, tanto que ultrapassada a primeira instância, no controle difuso de constitucionalidade. Ora, como princípio básico de hermenêutica, deve-se rejeitar a interpretação que conduza ao absurdo.

Pelo contrário, o CPC poderá disciplinar o procedimento aplicável ao controle, bastante que contenha regra que o compatibilize com aquele objeto. E tanto é razoável essa última hipótese, que restou confirmada a prejudicialidade constitucional no julgamento da ADI 2.418 (Brasil, 2016), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 04.05.2016, na dicção do art. 525, III e § 12, do CPC, relativo à impugnação ao cumprimento de sentença fundada em inexigibilidade do título executivo:

Considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (Brasil, 2016).

Aí se harmonizam a garantia (processual) constitucional da coisa julgada e o primado da Constituição. A compatibilidade entre a disciplina da coisa julgada no CPC e o controle de constitucionalidade confirma o espectro de influência da prejudicial de inconstitucionalidade, decidida incidenter, mas não incidenter tantum, quando equiparada a principaliter,

independentemente de pedido, segundo o ditame do referido art. 503, § 1º, do CPC (Brasil, 2015).

Ocorre apenas uma consequência, que se deduzirá da prejudicialidade: a suspensão do processo de controle concreto, ainda que possa ser grande o percurso pelas instâncias, há que se preservar a plena competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal. Este deverá ordenar a suspensão do recurso extraordinário admitido pela repercussão geral, em atenção, se houver, à via porventura provocada de controle abstrato. Trata-se de prejudicialidade externa, cuja aplicabilidade é entrevista, com argúcia, por Georges Aboud:

Entendemos possível, ainda que o relator designado realize um juízo de prejudicialidade em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, suspendendo seu julgamento quando a mesma questão estiver em debate no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade e até o final do julgamento dessa última ou, ainda, decidindo definitivamente o mérito da repercussão geral quando essa tratar de questão já discutida em controle abstrato (Aboud, 2021, p. 1.105).

Está-se a acolher a tese, mas será trazida exatamente para os termos da legislação processual.

Assim como a coisa julgada inconstitucional cede à prejudicial reconhecível a seu tempo, embora antes não invocada, assim também, no âmbito do controle a se exercitar, não se pode produzir o risco de violação de prejudicial constitucional já estabelecida ou em curso, sendo este o diálogo entre as vias difusa e concentrada.

O julgado do STF na ADI 2.418 exige que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma seja anterior ao título, isto é, ao trânsito em julgado da sentença exequenda (Brasil, 2016). Cuida-se de evitar a mutação jurisprudencial em prejuízo da coisa julgada. Pode-se avançar. Em qualquer hipótese, deve-se evitar a formação da coisa julgada em prejuízo da variedade argumentativa ínsita ao controle de constitucionalidade.

Afinal, considerada a hipótese legislada do art. 525, III, § 12, do CPC, de desconconsideração da coisa julgada pelo resgate da prejudicial de inconstitucionalidade contemporânea da formação do título, o objeto do art. 52, X, da Constituição da República de 1988 passa a ser consequencial ao controle, não seu integrante. Não é para a eficácia inter partes (ou ampliada) do controle difuso a exigência de comunicação ao Senado, do julgado em repercussão geral do recurso extraordinário, o que não elimina – por razões outras, que se apontarão – aquela comunicação, isto é, a regra do referido art. 52, X, tem objeto diverso.

Do art. 525, III, § 12, do CPC, para a admissão da coisa julgada erga omnes da prejudicial de inconstitucionalidade, decidida em via difusa sob a repercussão geral do recurso extraordinário, o percurso doutrinário tem de analisar a relação prejudicial inerente ao controle, atento à prejudicialidade externa e, não só à interna, uma e outra abrangidas na regra do parágrafo 1º do art. 503 do CPC vigente (Brasil, 2015).

Cabe apontar, como dito, as razões do referido percurso a caminho do reconhecimento da coisa julgada erga omnes. O inciso II do § 1º do art. 503 do CPC exige contraditório prévio e efetivo – o que, na sistemática atual, implica o exaurimento, ex vi do disposto no art. 489, § 1º, IV, do mesmo CPC, dos argumentos hábeis a infirmar a solução adotada (de constitucionalidade ou inconstitucionalidade).

É importante que se considere que a possibilidade de coisa julgada sobre a questão prejudicial decidida incidentemente no processo passou a ser admitida, no que se revive o art. 282 do CPC de 1939 (Brasil, 1939), regra transposta – sinteticamente – aos parágrafos do art. 503 do CPC atual. E transposta, também – analiticamente – ao art. 489, § 1º, IV, do CPC vigente.

E a suspensão pela prejudicialidade externa é legislada: no art. 313, V, a, excluída, *in casu*, a limitação de prazo do parágrafo 4º, por força do disposto na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Brasil, 1999), quanto às medidas cautelares

na ADI, na ADO e na ADC, em que o direito especial derroga o comum.

Recorde-se que o CPC de 1973 (Brasil, 1973), com a implantação da ação declaratória incidente, para tal fim de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial deduzida nos próprios autos da ação principal, era, nada mais, nada menos, que capitulação diante da maioria da doutrina italiana, inspiradora de nossa doutrina processual do século passado – vencido, entre outros, Galeno Lacerda (1974), que, por isso, se torna atual, com a tese da atribuição do valor de pedido, de ação, à exceção substancial (exceção prejudicial), disciplina acolhida pelo CPC vigente.

E é de se lembrar, ainda, que a exegese criadora da ação declaratória incidente, hoje superada pelo art. 1.054 do CPC, nem sequer teria assento no direito positivo da península (art. 34, CPC), tratando-se ali, conforme a crítica de Vittorio Denti (1967), de desvio hermenêutico.

Assim é que, se toda questão incidente o fora incidenter tantum no CPC brasileiro revogado e, como tal, assim decidida, hoje o art. 1.054 do CPC elimina a ação declaratória incidente (ressalvado o direito intertemporal dos processos anteriores à sua vigência, submissos ao sistema dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC revogado).

Portanto, a desafiadora exegese do art. 52, X, da Constituição de 1988 cede passo ao confronto do controle difuso com a prejudicialidade constitucional do controle concentrado.

Veja-se o reconhecimento de sua compatibilidade, salientado em passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação 4.335/AC:

A natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental (Lewandowski, 2022, p. 585).

Nem colhe, a propósito, seu recontro – como se demonstrará a seguir – com a tese sustentada pelo Ministro Lewandowski:

Exceção que, como de praxe, contribui para confirmá-la [a regra do art. 52, X, da Constituição de 1988], com o advento da EC 45/2004, a nenhum Ministro é dado contrariar posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à existência ou não de repercussão geral de matéria veiculada em determinado recurso extraordinário quando assim decidido pelo Plenário da Casa. [...] Acontece que, nesses casos, o referido efeito conta com o beneplácito parlamentar, porquanto deriva de emenda constitucional, regulamentada por lei ordinária (Lewandowski, 2022, p. 603).

Ora, o beneplácito parlamentar, também pela mesma Emenda Constitucional 45/2004, recaiu sobre a repercussão geral, por ela instituída. Adere-se, pois, com redobrada razão, à tese da redução teleológica do alcance do art. 52, X, da Constituição da República, tomando de empréstimo a expressão do Ministro Moreira Alves (1977).

A afirmativa de que o STF pode instituir súmula vinculante é uma forma de ladear a matéria, sem se esvaziar o art. 52, X, da Constituição da República.

Lembre-se Pimenta Bueno, ao comentar que os atos do Poder Moderador independiam da referenda dos ministros, cuja assinatura “[...] naqueles atos [como a dos Conselheiros de Estado, na Constituição outorgada] valia apenas como o reconhecimento da firma imperial, não importando nenhuma responsabilidade” (Pimenta Bueno, 1857, p. 215).

Ora, já se explicou que o papel de Corte Constitucional, para tal juízo político, passou do Poder Moderador ao Poder Judiciário, não apenas pela cogitação de D. Pedro II (Rodrigues, 1991), nem só pela historicidade do art. 52, X, da Constituição Federal.

Desde Rui (1933), a questão política, em revestindo a forma de um pleito, seria da competência jurisdicional. E – tais os termos hodiernos – o que seria a forma de um pleito? Qual

dependência há de existência de partes? E qual, definitivamente, o conceito processual de parte?

Veja-se Alfredo Buzaid, um tanto descrente da evolução para que caminhava o controle abstrato, que mais se caracterizaria na Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954 (Brasil, 1954):

Outrora, sempre que o ato, incriminado de inconstitucionalidade, feria ou lesava o direito do particular protegido pela lei, – cabia ao Poder Judiciário julgá-lo ‘incidenter tantum’, não como objeto ‘principal’ do processo. O sistema inaugurado entre nós se afastou substancialmente da tradição americana e brasileira, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir um ‘litígio jurídico’, do qual pode resultar uma intervenção, que é um ‘juízo político’ do Congresso Nacional (Buzaid, 1958, p. 85-87).

Ao falar, portanto, de litígio jurídico, para controle em tese, abstrato, o Mestre mostrava reserva, no que teria recebido o imediato reparo de Miguel Reale, seu prefaciador.

Nem sempre estaria de acordo com as conclusões de meu ilustre colega, divergindo mesmo num ou noutro ponto essencial, talvez por considerar excessiva a sua preocupação de amoldar às claves da processualística civil uma técnica de cunho eminentemente político. [E, pouco antes]: é um capítulo, aliás, onde surge, com inegável originalidade, uma contribuição tipicamente brasileira, para o delicado problema do controle da constitucionalidade das leis, contribuição esta que, a meu ver, se distingue sobretudo pela possibilidade aberta ao exame de certos atos inconstitucionais, de ordem legal ou não, atentatórios que sejam dos princípios declarados no art. 7º, VII, da Carta Maior, prescindindo-se da iniciativa do possível titular do Direito subjetivo lesado (Reale, 1958, p. 12-13).

A finalidade da atuação do Senado Federal derivava do sistema processual constitucional, pelo menos até a introdução do controle concentrado, do qual indisputavelmente excluía.

E, no controle difuso, de se registrar o já referido julgado da Reclamação 4.335-AC, em que se afastou a necessidade de comunicação à Câmara Alta (Brasil, 2014). Com isso, restou abalada a crença de que a decisão no controle difuso de constitucionalidade só produza efeito in concreto, relativamente às partes do litígio, de forma que possam outros Órgãos do Judiciário entender diversamente até do Supremo Tribunal Federal – salvo, no sistema atual, a produção de súmula vinculante. Ora, não se repita mais o que apenas era, superficialmente, maquinalmente, dito.

Cuida-se, pois, de rever o papel do Senado Federal. Não é ele o de irradiar a eficácia do julgado de controle difuso, mas o de direta e imediatamente informado da atual exegese constitucional, diligenciar por bases compatíveis com a repercussão geral do decidido pelo STF, caso necessária alguma alteração, sob o devido processo legislativo, a bem da completude harmônica do ordenamento.

Veja-se a fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 955.227/BA, a assinalar a possível amplitude do julgado sob repercussão geral:

A decisão transitada em julgado em matéria de trato sucessivo atua conforme cláusula 'rebus sic stantibus', e que decisão proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso com repercussão geral, seja em controle concentrado, representa direito novo a fazer cessar a eficácia da coisa julgada anteriormente proferida (Brasil, 2023b).

Há ainda um reforço de fundamento (voto do Ministro Gilmar Mendes, sobre a Questão de Ordem, no RE 955.227/BA, ao invocar a Lei nº 9.868 (Brasil, 1999), da ADI, da ADC e da ADO), como regulação central da temática do entrelaçamento entre o controle difuso e o controle abstrato da constitucionalidade das leis e da omissão:

Sobre a necessidade de alguma reforma regimental [...] alguma coisa temos feito nessa assimilação entre controle abstrato, assim chamado,

e a repercussão geral. Em muitos casos, a repercussão geral, ou a decisão com repercussão geral, vai até para além dos efeitos que temos no recurso extraordinário (Brasil, 2023b).

Cumpre-nos assinalar o significado – que tivera – a terceira Constituição Brasileira, a de 1934 (art. 91, IV), ao introduzir, como visto, a cláusula de reserva de plenário e de quórum de maioria absoluta do Órgão Especial, além da competência do Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Judiciário (Brasil, 1934). É que se começava a reduzir o prejuízo de, sem a adoção do *stare decisis*, ter-se acolhido o controle difuso.

Durante a progressão que se iniciou com o Regulamento nº 737, de 1850 (Brasil, 1850) (a primeira lei brasileira de processo, do processo comercial, logo depois adaptada ao processo civil), até o sistema dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC de 1973, todo julgamento incidenter o fora *incidenter tantum*.² Pelo CPC de 1973 (Brasil, 1973), sepultada a incompreendida regra do art. 282 do CPC de 1939, era mister o ajuizamento de ação declaratória incidente para a formação da coisa julgada sobre a prejudicial, fosse a questão decorrente de outra relação de direito material, fosse inerente à mesma relação, conforme terminaria por assentar a doutrina (Fabrício, 1995).

A regra do parágrafo 1º do art. 503 do CPC de 2015 inaugura a coisa julgada da questão prejudicial, quer cumulada à causa de pedir da inicial, quer formulada na contestação como defesa de mérito indireta, isto é, alguma das objeções ou exceções substanciais. E, como visto no controle abstrato, inclui a prejudicialidade externa.

No sistema do CPC revogado, não se admitiu que a prejudicial de inconstitucionalidade coubesse via ação declaratória incidental, por isso que sua declaração, mediante pedido, só era admitida pelas ações diretas e com as quais alcançadas a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, independentemente de comunicação ao Senado (art. 28 e

² *Tantum*, em bom latim, significa “apenas”, “tão somente”.

parágrafo único da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999) (Brasil, 1999).

Com frequência, os doutrinadores, mormente os de Direito Constitucional, silenciavam sobre a coisa julgada ao tratar do controle de constitucionalidade, sobretudo o difuso.

Havia doutrinadores que apenas cuidavam de efeitos do pronunciamento judicial de controle, evitando falar de coisa julgada,³ o que nos obrigou a escrever: “a matéria constitucional prejudicial decidida incidenter tantum [sob o CPC revogado] não faz coisa julgada, por expressa exclusão legal (artigo 469, III, CPC)” (Vieira, 2002, p. 159).

Ante a novidade da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que, intitulada de Representação, surgia no art. 8º da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, seguido pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954 (art. 1º), rompendo a concepção original do controle difuso, Alfredo Buzaid salientara, sinalizando-se refratário:

Cremos que essa é a única ação direta que tem, como objeto principal, a declaração de inconstitucionalidade. [...]. A evolução do pensamento nacional não se interrompe com o advento da Lei nº 2.271. Esta lei não confere ao Procurador-Geral da República o poder de arguir a inconstitucionalidade ‘em tese’, mas tão só ‘em hipótese’, quando ela possa constituir fundamento para a intervenção (Buzaid, 1958, p. 113).

O pensamento seria superado pelo próprio Mestre, embora ficando sem atualização sua obra clássica. Adviria, com a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, devidamente ampliada (Brasil, 1965).

Não caberia falar sequer de coisa julgada inter partes, no controle difuso, sob o Código revogado, a menos que atendido ao sistema dos arts. 5º, 325 e 470 do CPC de 1973 (Brasil, 1973).

³ Parece integrar tal grupo Paulo Bonavides (2011, p. 343), ao aludir, apenas ao tratar a técnica hermenêutica constitucional de Klaus Schlaich: “suspende-se a eficácia da sentença para evitar a autoridade da coisa julgada”.

Reconhece Talamini, porém, lembrando a função (então necessária) do Senado, de meio de ampliação de eficácia, ao referir:

As decisões de inconstitucionalidade tomadas no controle incidental antes [do CPC de 2015] [...] se e quando o Senado Federal [...] [e] posteriormente [...] a Súmula Vinculante [...] passaram a [...] [produzir] eficácia vinculante 'erga omnes' por essa via (Talamini, 2019, p. 125).

Prossegue Talamini, alcançando o desate da disciplina atual:

O CPC/2015 dá um passo além, ao consagrar a força vinculante geral das decisões de controle incidental de constitucionalidade, proferidas em procedimento em que se reconhece a repercussão geral da questão constitucional e o caráter repetitivo do recurso extraordinário (arts. 988, § 5º, II, 1.039 e 1.040) (Talamini, 2019, p. 125).

Agora, pois, eventual cautela de não alusão à coisa julgada se explica pelas solicitações de prejudicialidade constitucional, conforme as vias do controle.

Do ponto de vista em que aqui se analisa (Vieira, 2020), a prejudicialidade interna, do controle difuso, serve à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, é prejudicialidade de causa (isto é, entre duas causas *petendi*, ou entre causa *excipiendi* e causa *petendi*); e a prejudicialidade externa do controle concentrado serve à ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, é prejudicialidade de efeito (isto é, entre as vias do controle).

Inaugura-se a coisa julgada de um dos fundamentos da sentença de mérito, pela solução da questão prejudicial incidentalmente proferida (mas não *incidenter tantum*) no sistema do CPC vigente: sob a adequada técnica de objetivação do controle difuso, pela repercussão geral, também a coisa julgada da prejudicial constitucional, interna ou externa, atendidos os mesmos requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 503,

e isto, não só porque o § 1º, ao se referir genericamente à questão prejudicial, não a exclui aquela, como também – e principalmente – porque o art. 489, §1º, IV, faz por inseri-la entre os argumentos essenciais à fundamentação válida.

A questão, visto que atualíssima, é aproveitamento de toda a evolução do Direito Constitucional brasileiro, ora bicentenária.

3 CONCLUSÃO

O CPC de 2015 resolveu o problema da conciliação entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade, estendendo a coisa julgada erga omnes às hipóteses de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, bem como ao exame da questão prejudicial, em um complexo sistema que concorre para a unidade do tratamento das questões constitucionais e, por conseguinte, para a unidade da Constituição.

REFERÊNCIAS

ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2021.

ALVES, José Carlos Moreira. Parecer no Processo Administrativo 4.477-72 (relativamente ao art. 42, VII, da Constituição de 1967/1969). *Diário de Justiça*, p. 3.123-3.124, 16 maio 1977.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: NEQUETE, Lenine (coord. e apres.). *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 127-149.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. IV.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546341-conheca-a-historia-da-assembleia-constituente-de-1823/>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Determina a ordem do juízo no Processo Commercial. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Decreto nº 1.906, de 10 de setembro de 1860*. Regula os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros nas-

cidos no Brasil, cujos pais não estiverem em serviço de sua nação, e das estrangeiras que casarem com Brasileiros, e das Brasileiras que casarem com estrangeiros. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1096-10-setembro-1860-556057-publicacaooriginal-75650-pl.html#:~:text=Regula%20os%20direitos%20civis%20e,Brasileiras%20que%20casarem%20com%20estrangeiros>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_antes-1988/emc01-69.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965*. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antes-1988/emc16-65.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954*. Provê sobre a arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/544055/publicacao/15714550>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. *Anais do Império*. Brasília: Subsecretaria de Anais, 1978. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/anais_imperio/1823/1823%20livro%201.pdf. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade 1/ DF. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.1991. COFINS. Relator: Min. Moreira Alves, 1º dez. 1993. *Diário de Justiça*, 16 jun. 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.418. Constitucional. Legitimidade das normas estabelecendo prazo de trinta dias para embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 1º-B da Lei 9.494/97) e prazo prescricional de cinco anos para

ações de indenização contra pessoas de direito público e prestadoras de serviços públicos (art. 1º-C da Lei 9.494/97). Legitimidade da norma processual que institui hipótese de inexigibilidade de título executivo judicial eivado de inconstitucionalidade qualificada (art. 741, parágrafo único e art. 475-L, § 1º, do CPC/73; art. 525, § 1º, II, I, e §§ 12 e 14; e art. 535, III, § 5º, do CPC/15). Relator: Min. Teori Zavascki, 4 maio 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, 17 nov. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12036655>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 949.297/CE*. Direito constitucional e tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. Parcial provimento. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 abr. 2024. *Diário de Justiça Eletrônico*, 20 ago. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779236094>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 4.335/AC. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º.09.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 mar. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, 22 out. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=630101>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 955.227/BA. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição

Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 fev. 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, 2 maio 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767319011>. Acesso em: 3 fev. 2025.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Ville-neuve & C., 1857.

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

CARLYLE, Thomas. *História da Revolução Francesa*. Tradução e prefácio de Antônio Ruas. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

CORRÊA, Oscar Dias. *Estudos de direito político-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DENTI, Vittorio. Questioni Pregiudiziali (diritto processuale civile). Verbete in: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1967. v. XIV, p. 677 e ss.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERES, Marcelo Andrade. Do recurso extraordinário. In: FERES, Marcelo; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coord.).

Processo nos tribunais superiores. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 617-658.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, I. 3. ed. Brasília-DF: Senado Federal, 2003 (1876).

FREITAS, Márcio. Bússola Poder: o passado sempre incerto do Brasil. *Exame*, Editora Abril. Disponível em: <https://exame.com/bussola/bussola-poder-o-passado-sempre-incerto-do-brasil/>. Acesso em: 3 fev. 2025.

GARCIA, Emerson. A Constituição de 1824 e o constitucionalismo contemporâneo: pontos de inflexão. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 91, p. 67-81, jan./mar. 2024.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 246, p. 261-276, 1974.

LEAL, Roger Stiefelmann. Juiz constitucional e instituições democráticas. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; FUCK, Luciano Felício; QUINTAS, Fábio Lima; ABOUD, Georges (coord.). *A defesa da Constituição e do Estado de direito: homenagem aos 20 anos do Ministro Gilmar Mendes no STF*. São Paulo: Contra Corrente, 2022. p. 641-668.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade: duas perspectivas distintas. In: FERREIRA, Sérgio Antônio et al. (coord.). *A defesa da Constituição e do Estado de direito: homenagem aos 20 anos do Ministro Gilmar Mendes no STF*. São Paulo: Contra Corrente, 2022. p. 555-607.

MENCK, José Theodoro M. *Antônio Carlos, herói maior que a própria fama*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAMI, Marcos Youji; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental no STF e o novo regime da coisa julgada. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 263, n. 263, p. 77-104, 2017.

MONUMENTO AO DOIS DE JULHO. In: WIKIPEDI: a enciclopédia livre. *Wikimedia*, 2024. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Monumento_ao_Dois_de_Julho. Acesso em: 3 fev. 2025.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1958.

REALE, Miguel. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. Prefácio de Alfredo Buzaid. São Paulo: Saraiva, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Prefácio de José de Albuquerque Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUSA, Otávio Tarquínio de. *História dos fundadores do Império do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. v. I.

TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo constitu-

cional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória). *In*: CUNHA JR., Dirley de; NOVELINO, Marcelo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Repercussões do CPC no controle concentrado de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 423-436.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Coisa julgada: limites e ampliação objetiva e subjetiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Prejudicialidade constitucional e coisa julgada. *In*: ESTUDOS de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 423-433.

200
anos



ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM SUAS RELAÇÕES COM A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

ANALYSIS OF THE 1988 CONSTITUTION IN ITS RELATIONS WITH THE IMPERIAL CONSTITUTION

José Tarcízio de Almeida Melo¹

RESUMO

O texto jurídico visa a demonstrar a vocação do Brasil para a democracia baseada em Constituição rígida. A exuberância dos direitos e garantias na Constituição de 1988 é analisada. Dada a dimensão e a incompletude do atual texto constitucional, as demandas judiciais aumentaram significativamente. Os poderes têm procurado satisfazer os reclames de direitos sociais, entrando em rota de colisão que se evita com trabalho compartilhado em detrimento da separação dos poderes e da independência das decisões judiciais. A manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa sentem-se ameaçados no contexto de um processo que conduz ao abuso de direito e à ditadura oligárquica. Tornam-se indispensáveis revisões nas posições arrojadas para restabelecer a segurança jurídica e a previsibilidade do futuro.

Palavras-chave: constituição rígida; direitos sociais; padrões incompletos; separação de poderes; interpretação de acordo com a constituição; liberdade de pensamento e de imprensa; ditadura; segurança jurídica.

¹ Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, professor titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. *E-mail:* e.almeidamelo@gmail.com.

ABSTRACT

The legal text aims to demonstrate Brazil's vocation for democracy based on a rigid Constitution. The exuberance of rights and guarantees in the 1988 Constitution is analysed. Due to the size and incompleteness of the current constitutional text, legal demands have increased significantly. The Powers have sought to satisfy demands for social rights, entering into a collision course that is avoided through shared work to the detriment of the separation of powers and the independence of judicial decisions. The expression of thought and freedom of the press feel threatened in the context of a process that leads to the abuse of rights and the oligarchic dictatorship. Revisions to bold positions are essential to reestablish legal security and predictability of the future.

Keywords: rigid constitution; social rights; incomplete standards; separation of powers; interpretation according to the constitution; freedom of thought and press; dictatorship; legal security.

1 INTRODUÇÃO

O propósito da contribuição que é oferecida para a obra coletiva de comemoração do bicentenário da Constituição Imperial do Brasil, de 1824, que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de longa tradição e prestígio, promove, em edição histórica, visa a dar o testemunho do autor, como advogado, juiz e professor, durante seis dezenas de anos, de que o regime político é regrado por normas flexíveis, embora permanentes nos princípios e na essência, podendo variar na planta de sua estrutura e nas engrenagens de seu funcionamento.

Em outras palavras, os estilos e os mecanismos, a liturgia constitucional, não são presas de formas rígidas e imutáveis,

desde que se conservem as bases e os travamentos do edifício político, do edifício do poder.

Para o homem desenvolvido da realidade contemporânea, não compreende que, dominando ciências exatas e sociais, em larga escala e profundidade, se satisfaça com o poder autocrático, sem sua participação, ainda que voluntária, sem ser obrigatória.

A referência que se faz pressupõe Constituição democrática. No uso dos tempos correntes, os Estados não assumem o poder pessoal. Há os casos das democracias de fachada, que têm, mas não seguem, constituições. São simulacros. Servem para confirmar que o mundo atual não comporta Estado sem democracia e que a Constituição é a insígnia da democracia.

Estas considerações servem para ilustrar que não existe confusão da república com a democracia. República, filosoficamente, é a res publica, a coisa do povo, porém, politicamente, é uma das formas clássicas de governo.

Já a democracia pode residir em mais de uma forma de governo.

Dom Pedro I, por convicção própria, mas também advertido pela Revolução Francesa e pelo surgimento das primeiras constituições escritas e sistematizadas, em seguida à Independência, cuidou de proporcionar ao Brasil uma Constituição mínima para conter exclusivamente regras fundamentais de declaração de direitos, os que eram aceitos naquela época, bem como regras também de organização do Estado e dos poderes.

A vontade de Pedro era sincera e persistente, porque, quando a oligarquia se insurgiu para impedir a elaboração do texto constitucional, o Imperador dissolveu a Constituinte e outorgou texto cuidadosamente formulado. Esse fato histórico serve para fixar que é possível à Constituição ser democrática na matéria embora de origem outorgada.

Quando se menciona Constituição Mínima, a pretensão é esclarecer que somente normas de primeira grandeza da estrutura normativa foram admitidas no seu conjunto.

Em comparação com a Constituição de 1988 e com as que a esta antecederam, há severo antagonismo. Criaram-se constituições longas que, como advertiu Rui Barbosa, equiparam-se a chapéu de prestidigitador, ilusórias, tecidas por hábeis pelotiqueiros, que erigiram normas de pronta aplicação para os grupos dominantes e normas de promessas impossíveis para embromar o povo, valiosas expressões de Pedro Lessa (1925, p. 27, 38-48). Este jurisconsulto, que é reputado como dos melhores de todos os tempos, denunciava, às escâncaras, que um dos vícios primordiais encontrados no Brasil era a corrupção e a fraude, com a promessa de empregos públicos e também pelo empenho e pelo dinheiro, acarretando a repulsão ao voto, pela parte mais instruída da população.

Pedro Lessa (1925) acrescentava que o baixo nível intelectual e moral da maioria dos homens públicos fazia que vivessem sofismando as leis e as transgredindo por mil modos, em seu benefício, ou no dos parentes, amigos e partidários. Não havia lugar para os homens de talento, de caráter e de saber. Os que conseguiam eleger-se eram fortemente hostilizados pelas legiões de politiqueiros. Advertiu contra reformas políticas, que servem para iludir a nação sem nenhum benefício prático. Apontava que residia aí o principal inconveniente da preconização das reformas constitucionais em vez de se debelar a causa de nosso mal-estar político e social. Justificou a boa fase do Segundo Império pela grande autoridade moral de Pedro II e não pela opção por regime de governo. Lessa (1925, p. 30-31) salientou as boas contribuições de Rui Barbosa para o aperfeiçoamento político, algumas atualíssimas e que merecem releitura.

Não se deseja generalizar. Na História do Brasil, estiveram presentes constituintes dotados de erudição e sabedoria. Mas não foram os que predominaram. Em geral, os textos foram construídos por negociadores que concluíram vantagens

que beneficiassem seus interesses revestidos da autoridade constitucional.

O exemplo marcante é a Constituição de 1988. Louvada e homenageada, por se tratar da porta de entrada para a nova democracia — e nunca fora vista Constituinte tão acessível a todas as camadas da sociedade — tornou-se campo extenso para interesses de pessoas e de grupos.

A Constituição começou com 245 artigos na parte permanente e 70 artigos na parte transitória. Com a idade de 36 anos, possui 250 artigos na parte permanente e 138 artigos na parte transitória. Há artigos constitucionais com tamanho superior a páginas de um livro, tantos são os parágrafos, incisos e alíneas. Seis emendas constitucionais de revisão foram promulgadas em 1994. Emendas benfeitoras que tentaram adequar as normas econômicas à realidade do mundo.

O marco da Constituição de 1824 foi o de delimitar o que, por natureza, é constitucional. Comparada com a Constituição de 1988, equivale, pela ânsia de democracia. Distanciam-se pela organização sistemática da primeira e a profusão da promiscuidade normativa da segunda, com a qual o Direito Constitucional do Brasil perdeu em sua natureza fundamental. A opção passou a ser pela Constituição Formal, em vez da Constituição Material.

A Constituição tornou-se imperativa e rígida para privilégios dos poderosos e fonte inesgotável de compromissos, promessas e esperanças sabidamente impossíveis. Calcule-se, para isso, o tamanho das renúncias e favorecimentos fiscais em relação aos gastos para a efetivação dos direitos sociais.

A Constituição de 1988 perdeu o signo maior da rigidez, pela facilitação do rito de suas emendas e pelas interpretações mutantes dos que deviam fazer jurisprudência e não oscilar, atentos aos governantes, sem embargo de se tratar então de magistrados de reconhecida capacidade jurídica.

2 VOCAÇÃO DE GOVERNO CONSTITUCIONAL DO IMPÉRIO

A posição de Pedro I, o Libertador, é valorizada por seu primeiro compromisso com o Brasil. Ainda Príncipe Regente, sonhou com a Constituição e ouviu as câmaras municipais, aplicando o tom democrático de sua formação política. Convocou Assembleia Constituinte exclusiva, antes da Independência, e a fez instalar na data prevista.

Pedro foi atordoado com a exigência da manutenção dos privilégios dos portugueses e com o que chamou de perfídia, que era a deportação dos apoiadores da Independência para Portugal, onde, certamente, seriam condenados à morte.

A divisão do Plenário da Constituinte em três grupos fortes teve como consequência sua dissolução, em 12 de novembro de 1823, seis meses depois de sua instalação.

No dia seguinte, Dom Pedro instituiu o primeiro Conselho de Estado, conhecido como “conselho de notáveis”, e convidou seus membros para redigirem a Constituição. Seis eram os Ministros do Imperador e os outros quatro foram um Desembargador e três Conselheiros de Contas.

Em 25 de março de 1824, Pedro I jurou a primeira Constituição e a outorgou.

O art. 178 daquela Constituição determinou que só era constitucional o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Acrescentou que tudo o que não era constitucional podia ser alterado pelas legislaturas ordinárias (Brasil, 1986, p. 32).

Machado Horta (2002) registrou que a Constituição Imperial atendeu à definição do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. De seus 179 artigos, 164 foram dedicados à organização dos poderes políticos e sete artigos enunciaram as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Oito adotaram os princípios constitucionais da organização das províncias.

Considera-se que, a despeito de destinada à forma monárquica de governo, foi construída com valores consagrados pela Revolução Francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assegurou: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" (France, 1789).

A Constituição escrita passou a ser instrumento da garantia dos direitos e organização e separação de poderes contra as opressões da monarquia absoluta.

O Poder Constituinte foi distinguido do Poder Legislativo porque as normas constitucionais não devem ser alteradas ou suprimidas pelas leis comuns. É o fenômeno conhecido como rigidez constitucional, para garantir a estabilidade do povo e do Estado. A Constituição Imperial dispôs que, passados quatro anos, depois de jurada, fosse reconhecido que algum de seus artigos mereceria reforma, se faria proposição por escrito, na Câmara dos Deputados, apoiada pela terça parte de seus membros. Haveria três leituras com espaço de seis dias, e admitida a proposição, seria processada como lei ordinária, com a sanção do Imperador. Essa lei ordenaria aos eleitores dos Deputados, para a Legislatura seguinte, que a estes conferissem poderes especiais para a emenda ou reforma (arts. 174 a 177) (Brasil, 1986, p. 32).

No caso da Constituição de 1988, os membros das Casas do Congresso Nacional são encarregados de aprovar a Emenda à Constituição e não recebem poderes especiais do povo (art. 60) (Brasil, [2024]).

3 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Imperial colocou as garantias dos direitos individuais e políticos dos cidadãos brasileiros no último de seus artigos, dando-lhes como base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Além dos direitos e garantias individuais que permanecem nos textos constitucionais recentes e contemporâneos, a Constituição Imperial dispôs, pelo art. 179, 2º), que nenhuma lei poderia ser estabelecida sem utilidade pública (Brasil, 1986, p. 33).

O perfil da Constituição de 1824 pode ser assim resumido: 1 - origem na outorga do Imperador; 2 - dominância de regras autoaplicáveis, como convém à norma constitucional; 3 - resignação com a pressão política de incorporação de normas não constitucionais no texto, mas com a ressalva de dar-lhes tratamento de lei ordinária; 4 - incorporação das conquistas liberais da Revolução Francesa.

4 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição originou-se do clamor da redemocratização ante o prolongamento do governo militar instalado em 1964. Com a rejeição da PEC nº 5, de 1983, em 25 de abril de 1984, a oposição intensificou movimentos populares para a devolução da eleição direta do Presidente da República. O único instrumento imaginado foi a nova Constituição, porque acreditavam no apoio da maioria do povo na eleição dos constituintes. Surpreendentemente, a habilidade política de Tancredo Neves deu-lhe vitória na eleição indireta do Colégio Eleitoral.

O Vice-presidente, José Sarney, possuía experiência política, mas foi instado a preparar imediatamente nova Constituição, por ter sido o primeiro compromisso da campanha eleitoral de Tancredo Neves, cuja inesperada doença o impediu de tomar posse e entrar no exercício do cargo presidencial. Em 28 de junho de 1985, Sarney enviou a Mensagem 330 ao Congresso Nacional, em que propunha a convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

A Emenda à Constituição de 1967, nº 26, de 27 de novembro de 1985, atribuiu poderes constituintes aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para

os exercerem, reunidos como câmara única, a partir de 1º de fevereiro de 1987 (Brasil, 1986, p. 513-514).

Como a Constituição de 1824, teve origem autoritária, por duas razões: a convocação deu-se por Emenda à Constituição e um terço do Senado Federal, eleito em 1982, sem conferência de poderes constituintes pelo povo, integrou a Assembleia Constituinte.

O Congresso Nacional funcionou 20 meses como Congresso propriamente dito, subordinado à Constituição de 1967, e, cumulativamente, como Assembleia Constituinte destinada a elaborar nova Constituição.

A Constituição de 1988 é das mais longas que são conhecidas, atualmente com 250 artigos na parte permanente e 138 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Conta com 135 emendas constitucionais e com seis emendas constitucionais de revisão.

A evolução política do povo proporcionada pela atual Constituição é colocada como causa determinante do acúmulo progressivo dos trabalhos judiciais. Há outras, tão ou mais significativas, que são a extensão do texto constitucional, a permitir mais colisões e a geração de direitos utópicos. Lembra-se Nelson Hungria (Brasil, 1954): sem dinheiro até o Rei perde. Sem dinheiro, acrescenta-se, até a Constituição perde.

5 GARANTIAS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A Constituição Imperial incluiu como garantia dos cidadãos brasileiros a manutenção da independência do Poder Judicial e que nenhuma autoridade poderia evocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos (art. 179, 12) (Brasil, 1986, p. 32).

As três garantias atualmente consagradas foram previstas justapostas pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Brasil, 2016).

A Constituição de 1934 incluiu, no item 3 de seu art. 113, as garantias de que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ocorreu a constitucionalização das três garantias (Brasil, 1986, p. 169).

O Ministro Moreira Alves qualificou as garantias mencionadas (Brasil, 1992). Por serem originárias da Constituição, não podem ser alteradas ou suprimidas pela lei ordinária.

Francisco Campos (1940) considerou a irretroatividade das leis como técnica de interpretação que constitui preceito para o legislador; obrigação para o juiz e garantia para os cidadãos. Técnica ou garantia, incluída na Constituição, passa a ser matéria constitucional.

A técnica ou o princípio da irretroatividade admite a atualização dos conceitos, principalmente os metajurídicos, para se manter o direito de acordo com os costumes do tempo em que é exercido.

Existem, entretanto, conceitos universais que não podem ser reinventados pelos administradores e juízes na interpretação e aplicação da Constituição e das leis.

6 DIREITO ADQUIRIDO

A legislação brasileira definiu como direito adquirido o que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer e aquele cujo exercício tenha termo ou condição predeterminada, pela lei ou pelo contrato, que não possa ser alterado ao critério de outrem (art. 6º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, introduzido pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957) (Brasil, 1957).

Cita-se Carlos Maximiliano (1946, p. 48), para se distinguir a expectativa de direito de direito sob condição ou termo. O interesse que se acha subordinado à condição ou ao termo constitui direito verdadeiro. A condição retroage licitamente. A expectativa depende da vontade de uma pessoa estranha. Também Maximiliano define adequadamente o que é faculdade.

É a ação ou omissão decorrente do direito adquirido. Sepúlveda Pertence (1996, p. 8), Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), abonou ser irretocável a tese de que os direitos sociais foram incluídos como fundamentais ou “cláusulas pétreas” pela Constituição de 1988. Aceitou que são individuais quanto ao titular, que é o indivíduo, malgrado sejam sociais quanto ao conteúdo, que é trabalhista, sanitário ou previdenciário.

O Vice-Presidente da República, Marco Maciel (1996), com autoridade jurídica e moral, tentou justificar a política do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso com a afirmação de que não estava em causa a restrição de direitos, a anulação de conquistas ou a debilitação das instituições, mas desenvolver o *aggiornamento* político, social e econômico e preparar as instituições para os desafios da modernização.

Gilmar Ferreira Mendes (1994) cita a doutrina de Carl Schmitt contrária a qualquer mudança que altere os elementos fundamentais da identidade histórica da Constituição. Reconheceu a falta de eficácia dessas normas em face dos eventos históricos de golpes e revoluções. Sustentou que as cláusulas pétreas têm sentido bem mais amplo do que a proibição da revolução ou a destruição da própria Constituição.

Rui Barbosa (1891) havia advertido, no Senado, que, num país da América Latina, troca-se de Constituição como se troca de chinelos. Por isso são necessárias as cláusulas pétreas, que não devem ser feitas de modo que, extremamente resistentes, provoquem revolução.

Desde a doutrina de Pontes de Miranda (1974, tomo V, p. 100-102), está bem fundamentado que a lei nova não pode retirar do mundo o ato ou o fato jurídico nem modificar a relação entre o funcionário público quando exista regra jurídica constitucional. Distinguiu o efeito imediato da lei da irretroeficácia desta sobre o direito adquirido ou regra jurídica constitucional.

O STF (Brasil, 1990), por maioria de votos, assentou a irredutibilidade dos vencimentos do servidor público como corolário do direito adquirido, tese esta afastada pela minoria,

notadamente pelo voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence. Sua Excelência reconheceu que o voto do Ministro Evandro Lins, na vigência da Constituição anterior, não mais prevalecia. No voto condutor do Ministro Octavio Gallotti, foi acatado o pronunciamento do Ministério Público de que o Supremo, repetida e uniformemente, recusava a admitir como direito adquirido o critério ou regime da fixação de remuneração futura.

Ao considerar o regime jurídico dos servidores públicos, o STF interpretou o art. 37, XIV, da Constituição, na forma da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, indicando não haver direito adquirido a esse regime, notadamente no que concerne à forma de composição da remuneração dos servidores, desde que seja observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos (Brasil, 2009; Brasil, 2012; Brasil, 2013). Essas posições decorreram de jurisprudência segundo a qual não há direito adquirido ao estatuto público, desde que respeitada a irredutibilidade dos vencimentos (Brasil, 2001; Brasil, 2003).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 127-128) procurou sustentar o direito de império do Estado, admitindo que o vínculo do servidor público é de ordem institucional. Não é contratual. Por isso não haveria direito adquirido.

Lúcia Valle Figueiredo (1999, p. 6-7) assumiu a sustentação de que as vantagens adquiridas pelos juízes e pelos servidores, antes da Emenda Constitucional nº 19, estão preservadas por duas ordens de razões jurídicas, sendo a primeira delas a que os torna imunes às novas disposições constitucionais produzidas pela competência de emendar a Constituição, usualmente chamada de Poder Constituinte Derivado.

O STF passou a entender que a Emenda Constitucional nº 41/03 possui eficácia imediata sobre todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Concluiu que os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso

cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos (Brasil, 2012).

Vive-se, desde o século passado, o dirigismo do Estado e a decadência dos sistemas. Darcy Bessone (1987) lembrava a figure de *parents pauvres* de que tratou Jossierand. Enquanto não se resolver o problema social, as leis seriam empíricas e transitórias, necessariamente sem sistema e destinadas somente a atender às necessidades do momento e sob a premência das exigências sociais, certo que os princípios clássicos já não são aptos a satisfazê-las. Trata-se de torturante problema e de graves incertezas.

7 COISA JULGADA

Trata-se de indispensável garantia à paz social e à segurança jurídica. O Juiz decide com base na ampla defesa e no contraditório.

Cada processo subjetivo contém argumentos próprios. Às vezes, nos casos tomados como paradigmas, não se discutem fundamentos, causas do processo em que se formou a coisa julgada. A orientação dos Tribunais serve de filtro para o acesso de recursos de casos multitudinários e repetitivos, tática que ficará superada logo pela inteligência artificial. Não há possibilidade constitucional de mudar-se a coisa julgada pelo fato da modificação da jurisprudência: será elaborar normas constitucionais juridicamente impossíveis para destinatários determinados ou determináveis.

O princípio jurídico do *stare decisis et non quieta movere* ajuda na compreensão.

Julgamento impactante que envolveu o atual Presidente da República foi aquele em que o STF decidiu considerar que, resolvido o processo penal pela segunda instância e condenado o réu, podia este ser recolhido à prisão.

Em Ação Declaratória de Constitucionalidade, atento à vida pregressa do candidato, o STF considerou inelegível o candidato condenado, em primeira e segunda instâncias, em

crimes graves previstos pela lei complementar (Brasil, 2012). O principal argumento foi de que, na terceira instância, não se revolvem fatos. Tratou-se de entendimento respeitável das inelegibilidades baseadas nos antecedentes do candidato.

Mas o transporte daquele entendimento, para servir de ressalva à coisa julgada e ao direito de permanecer inocente até sentença condenatória definitiva, contra literal disposição constitucional, foi um dos maiores erros judiciais registrados no Brasil.

O habeas corpus em favor do Presidente Lula foi submetido algumas vezes ao STF e reiteradamente denegado.

Na tarde de 6 de abril de 2017, quando Lula estava na iminência de ser recolhido à prisão, em cumprimento à ordem do Plenário do STF, advogada pro bono, sensível à violência iminente, impetrou habeas corpus e indicou o Plenário do STF como autoridade coatora (Brasil, 2018). A resposta veio com argumentos que não constituíram fundamentação satisfatória: 1 - não é possível habeas corpus contra Ministro do STF, ainda que, em tese, seja o detentor das maiores condições para abusar do direito e cometer ilegalidades; e 2 - o paciente havia conferido poderes a advogados para sustentarem sua liberdade como se impossíveis fossem mais causas de pedir. Apresentado agravo regimental contra a decisão monocrática, o feito foi mandado para a Primeira Turma, que não o acolheu. A distribuição do agravo regimental à Turma, quando a autoridade coatora indicada era o Plenário, subtraiu a participação da maioria dos membros do Tribunal e consumou violência contra o condenado, por ter sido tomada contra texto expresso da Constituição (art. 5º, LVII) (Brasil, [2024]).

Onde está a norma majestática de que o Ministro e o Plenário do STF não podem figurar como autoridade coatora, quando, em tese, são os que mais podem coagir? Em nenhum ponto da Constituição.

O *habeas corpus* é ação constitucional de defesa da vida e da liberdade, direitos indisponíveis do ser humano. Por mais aclamado e festejado que seja o advogado, não é possível

centrar-se nele a exclusividade do direito de defesa da pessoa violentada.

O STF julgou recentemente o Recurso Extraordinário nº 1.235.340, de Santa Catarina (Brasil, 2024), para concluir que o art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição, que consagra a soberania dos veredictos do júri popular, constitui ressalva à garantia da coisa julgada (incisos XXXVI e LVII).

É indiscutível a soberania dos veredictos do júri popular nos processos de sua competência. Nenhum Tribunal poderá desfazer o veredicto sobre os fatos. Porém, quando o defeito insanável está no processo, como, por exemplo, falta do interrogatório do réu, há oportunidade para a revisão de direito em terceira instância.

A coisa julgada, como as garantias que a acompanham, destina-se à defesa do indivíduo. Dos mais fracos contra os mais fortes. Não há poder com mais força do que o do STF.

Carlos Alberto Menezes Direito (Brasil, 1998) sustentou ser terrificante para o exercício da jurisdição que seja abandonada a regra absoluta da coisa julgada, que confere força ao processo judicial para garantir a convivência social e dirimir os conflitos. Para a consecução do direito, a lei prevê quantidade ampla de recursos e não assimila a querela nulitatis insanabilis, do Direito Romano, em cujo contexto se aceita a sentença inexistente e, conseqüentemente, a coisa julgada não formada.

A coisa julgada é a sentença definitiva e imutável assegurada pela Constituição. Dizê-la inconstitucional vem a ser *contradictio in terminis*. Dar-lhe qualidade de sententia perpetue nulla para ensejar-lhe revisão, a qualquer tempo, está fora das previsões da lei brasileira.

Em 2 de maio de 2023, a coisa julgada foi definitivamente arruinada na situação específica em que fora formada com base na inconstitucionalidade de uma lei com posterior mudança jurisprudencial que a validou como constitucional.

Foi estabelecido, nos Temas 881 e 885:

As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventa ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo (Brasil, 2023b).

A primeira parte dos temas corresponde ao conceito tradicional da coisa julgada. A segunda parte anula a coisa julgada no controle abstrato e impõe à decisão a configuração de lei. Aplica à coisa julgada, como se lei fosse, as garantias tributárias do contribuinte constantes do art. 150 da Constituição, com a agravante de dar efeito retroativo ou *ex tunc*, que irá prejudicar o que, em direito material, for desfavorecido pela jurisprudência nova.

A redução ou a destruição da força e do efeito da coisa julgada não tem respaldo constitucional e abala a segurança jurídica quando ocorre, ainda que em casos limitados, superveniência de aresto inovador do STF.

Trata-se de precedente perigoso por instalar a insegurança jurídica e conferir ao STF poder de legislar contra a coisa julgada, incluindo dispensa de multa e juros moratórios.

Dada a previsível alteração da jurisprudência, tornou-se mais penoso e arrojado investir no Brasil.

8 NORMAS INCOMPLETAS E PROGRAMÁTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A falta de maioria necessária às deliberações da Assembleia Constituinte, tendo em vista a divisão importante do ambiente político em dois setores econômicos antagônicos — o

dos grupos empresariais e o dos trabalhadores —, foi problema desde a instalação dos trabalhos.

Com enormes dificuldades, os constituintes conseguiram optar por normas-princípios que enunciariam os pontos consensuais, geralmente conceitos universais, e deixariam o regramento satisfativo para o legislador complementar ou ordinário.

Machado Horta (2002) admitiu a plasticidade da Constituição de 1988 quando transferiu para o legislador a incumbência de acompanhar as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral em vez de engessar-se na imobilidade.

Não se condenam tais normas na Constituição, principalmente nos casos mais recentes de textos longos e apologéticos.

Miguel Reale (1990) identificou “dois calcanhares de Aquiles” como ameaças à longa vivência da Constituição de 1988, a não ser que viesse a prevalecer, na doutrina e na jurisprudência, ampla e criadora hermenêutica constitucional. O primeiro é o casuísmo normativo à espera de centenas de leis complementares e ordinárias para tornar preciso grande número de suas normas. O segundo é o da indefinição do regime de governo, com presidencialismo ambíguo, abrigado na última hora da Constituinte. Por isso, é Constituição Cidadã, é Constituição Garante, porém, mais ainda, é Constituição Utopia, Constituição Promessa.

Há abundância de normas incompletas não só na declaração dos direitos sociais (art. 6º) como também no desenrolar da Ordem Social (arts. 193 a 232) e que se emancipou da Ordem Econômica, no atual texto constitucional. Essas normas sociais comportam geralmente entregas de bens e serviços pelo Estado, que demandam estudo de viabilidade econômica, disciplina orçamentária e disponibilidade financeira.

Os direitos sociais foram claramente previstos, mas sua instituição foi desconstitucionalizada. Engenhosa forma para sair do impasse, sem resolvê-lo, foi grave frustração de

expectativas legítimas a seus beneficiários. Velho defeito de demagogos que embromam a população. O salário mínimo serve de exemplo: no art. 6º, IV, a Constituição o coloca para ser fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que preservem seu poder aquisitivo (Brasil, [2024]).

A Constituição inovou com a criação do mandado de injunção, visando a facilitar o cumprimento de suas normas incompletas. José Afonso da Silva (1990) atribuiu a origem do mandado de injunção ao juízo de equidade do direito inglês, no século XIV. Quando a *Common Law* não oferecia norma para a espécie, o juiz formularia regra para o caso concreto, inspirado pelos valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions*, etc.). Sua origem próxima estaria no *writ of injuntion* para impedir violações de liberdade de associação e de palavra, de liberdade religiosa e de igual oportunidade de educação às diferentes raças, tendo-se estabelecido, no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a injunção do direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas.

O mandado de injunção está incluído nas garantias fundamentais para dar eficácia aos direitos constitucionais, porém não vingou. A jurisprudência do STF foi vacilante sobre o conteúdo do *writ*: reconhecimento da demora do legislador sem qualquer consequência; fixação de prazo para haver a legislação e criação de norma e elaboração de ato para ser aplicado ao caso concreto, respectivamente (Almeida Melo, 2008). Os dois primeiros posicionamentos não propiciaram a consecução do direito perseguido. O terceiro bate frontalmente contra a separação de poderes, não só porque o Judiciário legisla, como também porque assume função do Executivo ao determinar a realização de despesas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001), ao estudar a inconstitucionalidade por omissão, concluiu que a independência

dos poderes fica comprometida quando o Judiciário pode suprir a ação do Poder Legislativo ou obrigá-lo a editar leis.

Analizando bem o art. 103, § 2º, da Constituição (Brasil, [2024]), constata-se que o texto constitucional lhe deu solução expressa para o caso de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão: será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Eis aí nova atenuação à separação de poderes, pela Constituição de 1988 e, em geral, sem resultado prático.

Os Estados que adotam, em sistemas de controle, a "interpretação conforme a Constituição", construção imaginosa e artificial do Tribunal Constitucional da Alemanha (Brasil, 1987), têm repellido que se faça contra o texto expresso ou para se dar interpretação descabida à norma constitucional.

Quando o STF legitimou a prisão de condenado, antes da decisão definitiva no processo, fez interpretação contra o art. 5º, LVII, da Constituição, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Brasil, [2024]).

A interpretação conforme a Constituição caberia no exercício da competência originária do STF, revogada pela Constituição de 1988, para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, situada ao lado da competência para o julgamento de inconstitucionalidade (art. 119, I, alínea I, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda à Constituição nº 7, de 7 de abril de 1977 - Reforma do Judiciário no Governo Geisel) (Brasil, 1986, p. 483).

Gilmar Ferreira Mendes (Brasil, 1987), como Procurador da República, assinou parecer no sentido de que a inconstitucionalidade parcial ou a inconstitucionalidade sem redução do texto, do direito alemão, não foram integradas no direito brasileiro. No máximo aceitou que, quando chegasse a necessidade de ser feita interpretação conforme a Constituição, houvesse autêntica conversão em representação interpretativa (CF de 1967/1969, art. 119, I, alínea I: RISTF, arts. 179/187).

Revogada a norma da representação interpretativa, pela Constituição de 1988, é de assustar sua colocação em lei ordinária sobre a qual não se questiona a constitucionalidade.

Quando a Constituição dá solução para o conteúdo da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é impossível elastecer, como se fez, o conteúdo da decisão no mandado de injunção, nem abrir espaço para a interpretação conforme a Constituição do tipo construtivo, ou seja, de suprimimento da lacuna constitucional.

9 SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição proclama, dentre seus Princípios Fundamentais, os três poderes independentes e harmônicos entre si (Brasil, [2024]). Essa formulação serve ao método econômico da divisão do trabalho. Tem por substrato político evitar que o autor da lei seja, ao mesmo tempo, seu executor. A separação de poderes impõe limites, controles e evita a ditadura que se degenera no despotismo.

Quando a separação dos poderes não é real, e os três poderes, em vez de cumprirem suas funções, assumem, em conjunto e solidariamente, as funções do Estado, acontecerá ditadura pior do que a mais terrível imaginada por Montesquieu (2008), porque tratar-se-á de ditadura do tipo oligárquico, destinada a favorecer empoderados e a prospectar e garantir o autoritarismo.

Três poderes em ação conjunta encorajam o fundamentalismo, segundo o qual a exteriorização de suspeitas contra os governantes e a crítica à Constituição são consideradas crimes abomináveis contra a vida do Estado Democrático. Os homens de bem optam pelo silêncio, a não ser os arrojados, que entregam sua vida aos perseguidores, e a democracia apodrece.

A Constituição brasileira não prevê sua reforma total, como as da Bélgica e da Espanha, que são regimes políticos democráticos. Entretanto, o direito à crítica, ainda que áspera

e contundente à liberdade de imprensa, tem de ser preservado. Não se pratica República sem povo.

Os direitos da maioria e os direitos da minoria devem ser conservados equilibradamente em suas respeitáveis divergências. É inerente à democracia o saber conviver com os contrários.

A ameaça à liberdade política, com prisões arbitrárias, multas descabidas, indenizações indevidas, ameaças e represálias, tende a transformar a separação de poderes em usurpação. Faz o povo viver da produção política, fraco nos investimentos e forte na desconfiança. Jaz à procura do próximo líder. O Estado deixa de prosperar e estagna-se a serviço de seus dirigentes.

10 CONCLUSÕES

O Brasil passa por crise em sua democracia. Os 200 anos do Direito Constitucional do Brasil servem para incutir na memória a vocação liberal e constitucional de sua tradição.

Embora a história da República a tenha colocado em desvios significativos, é importante evocar a atuação libertária do Imperador Pedro I e social democrática dos líderes da Assembleia Constituinte de 1987 e livrar o povo de dominâncias indevidas, quebra da separação dos poderes, ressignificação das garantias fundamentais do direito adquirido e da coisa julgada e tendência de ablação do exercício dos direitos fundamentais de manifestação do pensamento, de liberdade da imprensa e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA MELO, José Tarcizio de. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARBOSA, Rui. *Annaes do Senado Federal*. 33 jul. 1891.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano XL, n. 037, 26 abr. 1985, p. 721. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/15365?sequencia=1>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, [2024]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_Planalto_EC133_digital.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. *Constituições do Brasil* (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações). Brasília: Senado Federal, 1986.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957. Altera disposições da Lei de Introdução ao Código Civil. *Diário Oficial da*

União, Rio de Janeiro, seção 1, p. 19021, 3 ago.1957. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3238-1-agosto-1957-354576-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Relator Ministro Luiz Fux, 16 de fevereiro de 2012. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 29 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação dos artigos 18, caput e parágrafos 1º e 4º; 20, 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8177 de 1º de março de 1991. Relator: Ministro Moreira Alves, 8 de maio de 1991. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 142, t. 1, p. 52-78, 1992. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/142_1.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.075/MC. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Remuneração, subsídios, pensões e proventos dos servidores públicos, ativos e inativos, do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de teto remuneratório mediante ato do poder executivo local (Decreto Estadual nº 25.168/99). Inadmissibilidade. Postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal. Relator Ministro Celso de Mello, 7 de fevereiro de 2001. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 27 jun. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347415>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 660.010 RG. Direito do trabalho e constitucional. Ação declaratória de nulidade e de cobrança. Discussão acerca do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, em face do aumento da jornada de trabalho de servidores públicos sem alteração da respectiva remuneração. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera de interesse de milhares de pessoas. Presença de repercussão geral. Relator: Ministro Dias Toffoli, 2 de fevereiro de 2012. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 21 maio 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2019531>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 155.204/PR – Paraná. Relator: Ministro Edson Fachin, 9 de abril de 2018. *Diário do Judiciário eletrônico*, Brasília, DF, 11 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 20. Pedido de Intervenção Federal; seu indeferimento. Art. 7. V, da Constituição. Para justificar a intervenção, não basta a demora de pagamento, na execução de ordem ou decisão judiciária, por falta de numerário: é necessário o intencional ou arbitrário embargado ou impedimento oposto a essa execução. Relator: Ministro Nelson Hungria, 3 de maio de 1954. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, p. 167-172, 15 jul. 1954. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80867>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.216/DF. Mandado de Segurança contra ato omissivo do Presidente do Supremo Tribunal, em virtude do qual ficaram privados os Impetrantes, funcionários da Secretaria da Corte, do reajuste de 84,32%, sobre os seus vencimentos, a decorrer

da aplicação da Lei 7.830, de 28-9-89. Revogada esta pela Medida Provisória nº 154, de 16-3-90 (convertida na Lei nº 8.030/90), antes de que se houvessem consumados os fatos idôneos à aquisição do direito ao reajuste previsto para 1º-491, não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição. Pedido indeferido, por maioria. Relator: Ministro Octavio Gallotti, 5 de dezembro de 1990. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 134, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 107.248/GO. Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 7 de maio de 1998. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, p. 160, 29 jun. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário nº 593.304 AgR. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Vencimentos. Gratificação. Decreto-Lei n. 2.438/88 e Lei n. 7.923/89. Vantagem incorporada. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de setembro de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 out. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=515193>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 949.297/CE. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Relator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 maio 2023a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767314567>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 995.227/BA - Bahia. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 maio 2023b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC*. Direito constitucional penal. Recurso extraordinário. Feminicídio e Posse ilegal de arma de fogo. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 12 de setembro de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=782128039>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 298.694. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 6 de agosto de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 23 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260435>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 563.708. Recurso Extraordinário. Administrativo. Servidor público. Inexistência de direito adquirido à regime jurídico. Base de cálculo de vantagens pessoais. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 6 de fevereiro de 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 maio 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716931>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 609.381/RG. Constitucional. Administrati-

vo. Teto remuneratório. Emenda Constitucional 41/2003. Irre-
dutibilidade de vencimentos. Presença da repercussão geral
da questão constitucional discutida. Relator: Ministro Ayres
Britto, 22 de setembro de 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*,
Brasília, DF, 2 maio 2012. Disponível em: [https://redir.stf.jus.
br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955293](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955293).
Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso
Extraordinário nº 95.227/BA. Direito constitucional e tributá-
rio. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contri-
buição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato
sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julga-
da diante de decisão superveniente do STF. Relator: Ministro
Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. *Diário de Justi-
ça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repre-
sentação nº 1.305. Representação de inconstitucionalidade.
Lei nº 11.086, de 16.9.1985, do Estado do Ceará. Relator:
Ministro Sydney Sanches, 26 de agosto de 1967. *Revista Tri-
mestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v.123, t. 3, p. 852-868,
1988. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/
publicacaoRTJ/anexo/123_3.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/123_3.pdf). Aceso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.305/
CE. Funcionalismo público estadual. Lei n. 11.086, de
16.09.1985. Enquadramento de servidores (admitidos em
caráter temporário) em cargos públicos, mediante decretos e
sem concurso. Representação de inconstitucionalidade por
violação dos artigos 13, V, 108, 97, parágrafo 1º e 109, II, da
Constituição Federal. Requerimento de medida cautelar de
suspensão de execução da lei. Deferimento. Relator: Ministro
Sydney Sanches, 26 de agosto de 1987. *Revista Trimestral de
Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 123, p. 865.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Remuneração, subsídios e direitos sociais: algumas questões que já vão surgindo nos órgãos públicos. *BDA, Boletim de Direito Administrativo*, [s. l.], p. 6-7, jan. 1999.

FRANCE. *Déclaration des droits de l'homme et de citoyen*. 1789. Elysée, Paris, 4 déc. 2022. Disponível em: <https://www.elysee.fr/la-presidence/>

200
años



O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: SUAS FRATURAS E CRISE DA DEMOCRACIA

COALITION PRESIDENTIALISM: ITS FRACTURES AND CRISIS OF DEMOCRACY

Júlio César Muniz¹
Paulo César Crivelaro²

RESUMO

O presente artigo analisa o presidencialismo de coalizão a partir do exame histórico de seu surgimento no período republicano brasileiro, sobretudo pós-Constituição de 1988. Desse modo, investigou-se a origem, conceito e características do presidencialismo e a inserção desse sistema de governo nas Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Busca, ainda, analisar as premissas teóricas e o funcionamento do presidencialismo de coalizão no Brasil. Por fim, reflete sobre as fraturas do presidencialismo de coalizão e a crise da democracia brasileira, que não logrou êxito na efetivação de uma cidadania plena. Trata-se de uma análise de natureza qualitativa, cuja metodologia pauta-se na revisão bibliográfica específica sobre o tema. O resultado esperado é a compreensão das fragilidades do presidencialismo de coalizão e como isso reverbera na arena política e social brasileira.

Palavras-chave: presidencialismo; presidencialismo de coalizão; cidadania; democracia.

¹ Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), especialista em Direito Processual Civil, Direito Empresarial e Direito Constitucional, licenciatura em História, especialista em Ciências Humanas, servidor do TJMG. *E-mail:* munizjc@uol.com.br.

² Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), especialista em Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, professor do Curso de Direito da Unipinhal, advogado. *E-mail:* prof.paulo.crivelaro@unipinhal.edu.br.

ABSTRACT

This article analyzes Coalition Presidentialism based on a historical examination of its emergence in the Brazilian republican period, especially after the 1988 Constitution. Thus, the origin, concept and characteristics of Presidentialism and the insertion of this system of government in the Republican Constitutions of 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 and 1988 were investigated. It also seeks to analyze the theoretical premises and functioning of Coalition Presidentialism in Brazil. Finally, it reflects on the fractures of Coalition Presidentialism and the crisis of Brazilian democracy, which has not succeeded in achieving full citizenship. This is a qualitative analysis, whose methodology is based on a specific bibliographic review on the subject. The expected result is the understanding of the weaknesses of Coalition Presidentialism and how this reverberates in the Brazilian political and social arena.

Keywords: presidentialism; coalition presidentialism; citizenship; democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão do presidencialismo de coalizão a partir da análise da origem, conceito e características do presidencialismo até o exame das peculiaridades do sistema de governo brasileiro, nominado pelos estudiosos do tema como presidencialismo de coalizão, refletindo-se a respeito das fragilidades desse modelo e como suas fraturas podem contribuir para a crise da democracia.

Indaga-se se o modelo presidencialismo de coalizão, diante de suas fraturas, precisa ser repensado, sobretudo a partir da captura do parlamento por forças elitistas e conservadoras.

O objetivo da presente análise circunscreve-se à reflexão a respeito das fraturas do modelo de presidencialismo

de coalizão, a sua relação com a crise da democracia e a necessidade de se repensar a práxis que dá sustentação a esse sistema. Para o deslinde dessa análise, buscou-se percorrer o itinerário histórico e conceitual do presidencialismo, fazer uma digressão sobre a adoção desse sistema de governo nas constituições republicanas brasileiras, tecer considerações a respeito do presidencialismo de coalizão, seus pressupostos essenciais de funcionamento e, por fim, objetivou-se refletir acerca das fragilidades desse modelo e a necessidade de se repensar os seus contornos na arena política brasileira.

Nesse sentido, a partir da análise bibliográfica de importantes obras e artigos científicos sobre o tema, tornou-se possível o aclaramento das balizas de sustentação acadêmica e de relevância da temática abordada.

Para a abordagem do tema, foi necessária a realização de recortes, sem a pretensão de esgotamento, dada a limitação metodológica de páginas, uma vez que se trata de assunto de substancial densidade teórica e que é visto sob um caleidoscópio que permite diferentes abordagens.

Nessa perspectiva, num primeiro momento, debruça-se sobre a origem, o conceito e as principais características do presidencialismo, promovendo-se a sua classificação como sistema de governo e explanando de modo sucinto sobre a sua adoção pelos Estados Unidos da América pós-independência. Além disso, teceram-se breves considerações sobre o presidencialismo nas constituições brasileiras.

Num segundo momento, perfilha-se o caminho da análise do presidencialismo de coalizão em si, reportando-se ao seu *modus operandi* de funcionamento, notadamente as peculiaridades de um sistema genuinamente brasileiro.

Num terceiro e último momento, dedica-se a analisar o presidencialismo de coalizão, suas fraturas e a crise da democracia brasileira, mormente pela existência de déficit de cidadania e crescente oligarquização da política no parlamento, o que resulta em agendas cada vez mais conservadoras e patronais.

Este trabalho mostra-se relevante no atual cenário em que se vislumbra crescente avanço das forças políticas elitistas e conservadoras no Congresso Nacional, com a aprovação de um arcabouço legislativo – emendas constitucionais e outras normas – que tem provocado a redução do manejo do chefe do Poder Executivo em relação à gestão orçamentária da União.

2 PRESIDENCIALISMO: ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

As revoluções burguesas no contexto do século XVIII introduziram os pilares políticos e econômicos do liberalismo e inauguraram uma nova concepção de organização do poder, na medida em que a monarquia absolutista, que concentrava os poderes nas mãos do monarca, cede lugar à monarquia constitucional, com a manutenção da forma de governo monárquica, mas com os limites delineados pelo texto constitucional e pelo parlamento. Essa moldura de organização da forma de governo preponderou na Europa, malgrado no curso da história muitos países europeus terem substituído a monarquia parlamentarista pela república parlamentarista, ou seja, alterando-se a forma de governo com a manutenção do sistema de governo.

Os valores do liberalismo também alimentaram os movimentos emancipacionistas no continente americano. Entretanto, de forma pioneira, alguns anos após a proclamação da independência, as 13 colônias americanas, no ano de 1787, reuniram-se na Filadélfia, e dessa reunião derivou a elaboração da Constituição ainda hoje vigente nos Estados Unidos da América, que adotou uma moldura de organização de poder diferente da europeia, pois traduzia a ideia de um Poder Executivo com maior independência em relação ao Poder Legislativo (Ramos, 2020).

Nesse contexto, surgia o sistema de governo presidencialista, como uma forma peculiar de relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo, conferindo maior autonomia ao Presidente da República perante o Congresso,

uma vez que aquele não necessita do apoio deste para manter-se no poder (Ramos, 2020), denotando-se que o sistema de governo é o modo como se dá a relação entre os poderes dentro de um Estado, sobretudo, entre o Poder Executivo e o Legislativo, diferenciando-se da forma de governo, que é definida como o modo em que se dá a relação entre governantes e governados dentro de um Estado (Fernandes, 2020).

O presidencialismo apresenta características singulares, que contribuem para a compreensão de sua definição e funcionamento, dentre as quais se destacam: a) a independência do Presidente, titular do Poder Executivo, em relação ao Poder Legislativo, ou seja, o Legislativo não tem a prerrogativa de demitir o Chefe do Executivo; b) a Chefia de Estado (representação do país nas relações internacionais e materialização da unidade interna do Estado) e a Chefia de Governo (gestão dos negócios internos, tanto de natureza política quanto de natureza administrativa) concentradas na figura do Presidente da República; c) o Chefe do Poder Executivo é eleito, direta ou indiretamente, pelo povo para o exercício de um mandato, portanto, não é o parlamento que exerce essa tarefa; d) o Presidente da República pode sofrer imputação, penal e política, por crime de responsabilidade (Moraes, 2017).

2.1 Breves considerações sobre presidencialismo nas constituições brasileiras

Desde a promulgação da primeira Constituição após a Proclamação da República, a opção do Poder Constituinte originário brasileiro tem sido pela adoção do sistema de governo presidencialista, consagrando-se a autonomia do Chefe do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo e até mesmo uma certa preponderância daquele.

A única exceção na história do Brasil foi a adoção do sistema de governo parlamentarista por meio da Emenda Constitucional nº 4, de 1961 (Brasil, 1961) à Constituição de 1946, no contexto da renúncia do então Presidente Jânio

Quadros e das tensões políticas geradas diante da tentativa de impedimento da posse do Vice-Presidente João Goulart, rotulado como “comunista” pelas forças políticas conservadoras do país.

Entretanto, a experiência parlamentarista no Brasil teve curta duração, pois, após a realização de um plebiscito, em 1963, houve a introdução da Emenda Constitucional nº 6 (Brasil, 1963), do mesmo ano, que restabeleceu o presidencialismo como sistema de governo.

A Constituição de 1891, primeira da República brasileira, adotou, sob a influência da Constituição dos Estados Unidos da América, sistema presidencialista de governo, configurando-se, no art. 48 daquele texto constitucional, as competências do Presidente da República, em que se extrai que o Poder Executivo passou a ter mais demarcada sua autoridade na gestão governamental, vislumbrando-se mais nítida a separação entre os poderes (Melo; Paes; Santos, 2017).

Com o advento do golpe de Estado de 1930 e a tomada de poder por Getúlio Vargas, após o hiato de quatro anos do período que ficou conhecido como “Governo Provisório”, houve a promulgação da Constituição de 1934, sob a influência da Constituição Alemã de Weimar. O legislador constituinte originário também optou pelo presidencialismo, como sistema de governo, prescrevendo o presidente como Chefe do Poder Executivo, no art. 51 do texto constitucional (Brasil, 1934).

A competência do Executivo, definida no art. 56 da Constituição de 1934, não teve alterações substanciais, entretanto, de acordo com a dinâmica dessa Constituição, havia a prerrogativa do Legislativo em dar a última palavra (Melo; Paes; Santos, 2017, p. 337).

A Constituição de 1937 foi outorgada no contexto de um novo golpe de Estado praticado por Getúlio Vargas, no qual se implantou no Brasil o chamado “Estado Novo”, com viés ditatorial. Assim, a nominada “Constituição Polaca” teve inspiração em normas fascistas da Polônia e da Itália.

O art. 73 da Constituição de 1937 designava o Presidente da República como a autoridade suprema do Estado, que coordena as atividades dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país (Brasil, 1937). Portanto, o Poder Executivo detinha a primazia legiferante, sendo tênue a linha da separação dos poderes entre o Poder Executivo e o Legislativo. Tal cenário foi profundamente alterado com a edição da Constituição promulgada de 1946, a qual trouxe as balizas jurídico-normativas da redemocratização (Melo; Paes; Santos, 2017).

A Constituição de 1946 foi promulgada no contexto de redemocratização do Brasil, após o fim da ditadura varguista, restabelecendo a independência e o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como dando maior autonomia aos Estados e Municípios.

O art. 78 da Constituição de 1946 dispunha que o “Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República” (Brasil, 1946). Já as competências do Presidente foram delineadas no art. 87 do texto constitucional.

A redemocratização possibilitou a multiplicidade de partidos políticos e a adoção de um sistema proporcional, bem como ensejou maior protagonismo ao Poder Legislativo, sobretudo no que diz respeito à iniciativa de leis conferida a qualquer membro das casas legislativas, sem prejuízo da iniciativa legislativa conferida ao Presidente da República (Melo; Paes; Santos, 2017).

A Constituição de 1967 foi outorgada três anos após o golpe militar de 1964. A Constituição vigorou durante a ditadura militar brasileira e o seu texto tentava dar aparência democrática ao país, prevendo, no art. 149, “um regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (Brasil, 1967), entretanto, na realidade, o que se via era a utilização de atos institucionais de natureza autoritária, a exemplo do Ato Institucional nº 2,

regulamentado pelo Ato Complementar nº 4, que adotou o bipartidarismo no Brasil (Melo; Paes; Santos, 2017).

Uma inovação trazida pelo texto da Constituição de 1967 foi atribuir ao Vice-Presidente da República, cumulativamente, o cargo de Presidente do Congresso Nacional (CR/1967, art. 79, § 2º) (Brasil, 1967). Por certo, essa norma constitucional, estabelecida antes do regime militar pela Constituição de 1946, acrescentava um novo elemento ao modelo vigente de relações entre o Executivo e o Legislativo. Entretanto, esse dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional nº 1, outorgada pela Junta Militar de 1969 (Peixoto, 2015).

A ausência, na prática, do pluripartidarismo, contribuiu para fortalecer o Poder Executivo frente ao Poder Legislativo, havendo uma nítida sobreposição do primeiro em relação aos demais poderes, sobretudo, após a edição do Ato Institucional nº 5, datado de 13 de dezembro de 1968, que concentrava mais poderes nas mãos do Presidente da República.

Com a redemocratização do país e o advento da Constituição de 1988, a Assembleia Constituinte optou pela adoção do presidencialismo como sistema de governo, tendo o art. 76 do texto constitucional disposto que “o Poder Executivo, no Brasil, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (Brasil, [2024]).

O art. 84 da Constituição delineia de forma cristalina o exercício das atividades de Chefe de Estado e de Chefe de Governo pelo Presidente. Ele tem a direção superior da Administração Federal e do governo nacional, mas o norte do texto constitucional é enfatizar um presidencialismo democrático, um sistema pautado na pluralidade de interesses do povo brasileiro (Melo; Paes; Santos, 2017, p. 344).

O governo Sarney (1985-1989), o primeiro da transição para a democracia, herdou o mesmo modelo de relações parlamentares e políticas, embora tenha multiplicado os atores encarregados das negociações com o Congresso. Isso se deve, em parte, pela situação política muito peculiar que teve de enfrentar, agregada ao contexto político de redemocratização.

Essa conjuntura gerou um forte deslocamento de poder em prol do Legislativo (Peixoto, 2015).

Para Peixoto,

A participação direta dos presidentes na política transcendeu o “gosto pessoal” pela atividade, pois uma vez envolvidos nas atribuições do Estado e com atribuições máximas de governo, essas responsabilidades falaram mais alto. As imposições do cargo presidencial predominaram sobre todas as outras (Peixoto, 2015, p. 44).

Assim, o Presidente não desempenha estritamente as atribuições de Chefe de Estado, as quais o investem de autoridade para tratar de questões estratégicas para o Estado ou para o regime; ou as funções de Chefe de Governo, as quais o qualificam para decidir acerca de políticas públicas conforme a sua orientação política, visto que, em última análise, acaba por envolver-se diretamente nas lutas político-eleitorais tanto quando exerce o papel de Chefe de Estado como quando exerce o papel de Chefe de Governo, como é o caso do presidencialismo (Peixoto, 2015).

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Após a promulgação da Constituição de 1988, o sistema de governo brasileiro passou a ser nominado, sobretudo entre os cientistas políticos, como presidencialismo de coalizão, expressão originariamente cunhada pelo sociólogo Sérgio Henrique Abranches, a partir de estudos realizados no final da década de 80 e início da década de 90 (Mendes; Branco, 2023).

Para Abranches:

O presidencialismo de coalizão nasceu em 1945, durou dezessete anos, descontando-se o interregno parlamentarista de setembro de 1961 a janeiro de 1963. Foi reinventado e praticado por trinta anos na Terceira República (1988-atual). Ele combina, em estreita associação, o presidencialismo, o federalismo e o governo por coalizão

multipartidária. Evoluiu ao longo dessas três décadas, com mudanças de regras, em conjunturas bastante variadas e com resultados diferenciados. Houve um elemento de ensaio e erro no desenho das regras do jogo político e eleitoral. Há uma queda de braço permanente entre os que querem o modelo mais democrático, menos clientelista e menos vulnerável à corrupção, e aqueles que, ao contrário, lutam para preservar o statu quo oligárquico, clientelista e vulnerável à influência ilegal dos endinheirados. Essa clivagem não se confunde com a divisão esquerda/direita. O clientelismo oligárquico, que limita o escopo da democracia e interfere na formação das coalizões, existe à esquerda e à direita do espectro político (Abranches, 2018, p. 6).

Assim, o modelo presidencialista, combinado às demais características institucionais, que marca a especificidade do modelo brasileiro, representa um dilema institucional (Fernandes, 2020).

Para Abranches (2018), a extrema heterogeneidade da sociedade brasileira, tanto em termos culturais quanto econômicos e políticos, aliada à estrutura federalista e ao sistema proporcional de lista aberta para as eleições dos deputados federais, teria o condão de gerar um presidente relativamente fraco, sem maioria no parlamento, o que geraria um governo inoperante, diante de um Legislativo povoado por uma vasta gama de partidos políticos carentes de disciplina.

De acordo com Fernandes,

Sob a égide deste modelo, destaca-se que sociedades mais heterogêneas requerem, em termos de estabilidade institucional — e, portanto, capacidade de governabilidade —, a formação de alianças e a maior capacidade de negociação do Executivo. Isso porque, considerando a fragmentação partidário-eleitoral, torna-se no mínimo improvável a emergência constante de governos que sejam sustentados por apenas um partido — majoritário (Fernandes, 2020, p. 1.421).

Nessa arena política, o pluripartidarismo desafia a formação de um arranjo parlamentar de apoio às propostas do

governo, o que exige que o Executivo e o Legislativo, em tese, trabalhem juntos, sem que haja sobreposição de um poder ao outro.

Para Fernandes, "o presidencialismo de coalizão não é um sistema de governo, e sim um arranjo político-institucional que visa, por meio da coordenação política entre Executivo e Legislativo, manter a governabilidade no país" (Fernandes, 2020, p. 1.422).

Tal arranjo visa a fortalecer a posição presidencial, por meio da formação de uma coalizão ampla de apoio ao governo. A amplitude, em regra, é devido à pluralidade de partidos representados no Parlamento e à necessidade de construir maioria para a aprovação dos projetos governamentais (Mendes; Branco, 2023).

Dessa lógica decorre o dilema de como se obter a maioria no Parlamento, sendo que a práxis revela que a conquista do maior número de parlamentares se dá por meio de afagos aos partidos que fazem parte da coalizão, a exemplo da

[...] distribuição de cargos públicos nos mais diferentes escalões do governo, da liberação de emendas parlamentares ao orçamento da União, da centralização da atividade legislativa no Poder Executivo mediante a utilização de medidas provisórias, o que tem o condão de entregar o poder de agenda ao Presidente da República, tudo isso reforçado pelo controle que a coalizão governamental exerce sobre os trabalhos legislativos, centralizados na atuação dos líderes partidários (Mendes; Branco, 2023, p. 1.643).

Assim, o Executivo passa a controlar a agenda legislativa, o que lhe permite aprovar a maioria de suas proposições, por estar apoiado em sólido e consistente apoio partidário, o que faz com que essa seção possa ser nomeada "recorrendo a um linguajar burocrático-regimental, como tratando da estrutura e do funcionamento das democracias contemporâneas" (Limongi, 2006, p. 20).

O poder de agenda com que conta o presidente faz com que ele maximize seus ganhos potenciais. Ele pode escolher a

melhor proposta para si entre as que se encontram no interior do conjunto das propostas que a maioria aceitará. Esse ganho é produto direto do controle sobre a agenda, combinado à antecipação das reações (Limongi, 2006).

Assim sendo, o Poder Executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos, inclusive legislativos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do “interesse coletivo, público, social ou nacional”, o que propicia toda a hipertrofia atual do sistema presidencialista brasileiro (Oliveira; Alves, 2011, p. 20).

Para Antonio Carlos Pojo do Rego,

Uma expressão tem sido utilizada com frequência para descrever o sistema presidencialista no Brasil. Essa designação, o “presidencialismo de coalizão”, refere-se à condução da administração pública baseada na distribuição de postos administrativos, especialmente nos ministérios e nos entes da administração pública indireta, entre representantes dos diversos partidos políticos, com o objetivo de obter o apoio da maioria do legislativo. Na verdade, acontece uma clara “troca” de cargos e empregos por apoio político entre o Presidente da República e os membros dos partidos políticos. O chefe do Poder Executivo faz concessões aos diversos partidos políticos que são representados por vagas na composição do ministério, na esperança de obter a maioria parlamentar. Esta esperança frequentemente se esvai na operação efetiva do processo político, aquilo que podemos chamar de “gerenciamento” da relação entre o Executivo e a sua suposta maioria parlamentar favorecida pela concessão de cargos. Trata-se da tão referida “coordenação política” do governo (Rego, 2015, p. 54).

Por outro lado, a falta de arranjo político pode resultar em pautas do Poder Executivo obstruídas no Parlamento, com a potencial capacidade de provocar grave crise de governabilidade (Ciotta; Simoni, 2023), sendo que a ausência de ambiente propício para a governabilidade e consequente implementação das agendas do governo geram incertezas e

distúrbios que transbordam na sociedade e nos eleitores que depositaram expectativas naquele projeto de governo.

Para Abranches, trata-se de

[...] um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão (Abranches, 1988, p. 27).

Portanto, o presidencialismo de coalização comporta muitas variáveis políticas à luz dos arranjos que são construídos nos diferentes contextos da chamada República Nova brasileira, em que se constata um movimento pendular de maior ou menor capacidade de articulação do Poder Executivo junto ao Poder Legislativo, o que reverbera no desafio de manutenção da estabilidade e da governabilidade.

Para Júlio César Guimarães,

A estabilidade do presidencialismo de coalizão brasileiro foi colocada à prova a partir de junho de 2013. Manifestantes ocuparam as grandes cidades brasileiras. Porém, uma pergunta aparece sem resposta até o momento, o que levou a chamada “explosão das ruas” naquele ano. O aumento das tarifas de transporte público na cidade São Paulo, os efeitos colaterais dos gastos exorbitantes com a estrutura para a Copa do Mundo que se vislumbrava, a debilidade dos serviços públicos, a sensação de privação relativa de uma nova classe média que se formará [...] A complexidade do fenômeno é algo intrigante, diferentes grupos, com ideologias distintas e reivindicações difusas se colocaram contra o poder constituído. O fato incontestável é que a partir desse momento o sistema político brasileiro começou a dar sinais claros de fragilidade. [...] (Guimarães, 2022, p. 129).

Logo, identifica-se a gênese de um movimento que redundaria na história mais recente do Brasil na crise do modelo de presidencialismo de coalizão, cujos reflexos são percebidos

no período compreendido entre 2018 e 2022, no Governo do Presidente Jair Bolsonaro, que buscou o desmantelamento do presidencialismo de coalização para a imposição de um novo paradigma, em que

[...] a lógica da “coalizão”, pautada na estabilidade e na institucionalidade para a produção de políticas públicas, foi substituída pela lógica do “movimento”, em que a execução da agenda governamental não é o objetivo, mas o foco está no fortalecimento de uma rede de apoiadores que seriam responsáveis por fortalecer um projeto específico de poder. O nominado “Presidencialismo de Movimento” apresenta quatro características básicas, Polarização, Mobilização, Intolerância e Antipolítica (Paula, 2022, p. 123).

Em recente trabalho, Buchatsky inferiu que:

[...] A postura inicial de Bolsonaro, ao rechaçar o presidencialismo de coalizão como *modus operandi* do sistema político e se centrar numa pauta política extremista que atende apenas a uma parte dos seus eleitores, certamente prejudicou a sua força política de ditar a agenda do parlamento. Se o presidente não moderou o seu discurso para criar pontes e formar maioria, a moderação se impôs nas ações, muitas das quais não puderam ser implementadas via parlamento. Como alternativa, o governo se valeu intensamente de atos infralegais produzidos isoladamente no âmbito da administração pública federal, sem necessidade de chancela legislativa, muitos dos quais foram objeto de invalidação pelo Supremo Tribunal Federal [...] (Buchatsky, 2024, p. 123).

Essa situação deixou forte rescaldo para o atual chefe do Poder Executivo brasileiro, que está tendo muitas dificuldades na articulação com o Congresso Nacional, principalmente por se tratar de um Parlamento com a composição essencialmente elitista e conservadora, com forte oposição ao governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

4 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: FRATURAS E CRISE DA DEMOCRACIA

A história republicana pós-promulgação da Constituição de 1988 revela muitas fragilidades do presidencialismo de coalizão, sobretudo quando não há alinhamento programático e ideológico entre o Chefe do Poder Executivo e o Congresso Nacional, gerando acentuadas tensões que potencialmente comprometem os direitos individuais e sociais, principalmente das classes sociais mais vulnerabilizadas e excluídas socialmente.

A composição do Congresso Nacional brasileiro exterioriza fortes assimetrias de renda, gênero e seguimentos sociais. Na Câmara dos Deputados, o perfil predominante é o do homem branco, com mais de 50 anos de idade, curso superior completo, dono de um patrimônio superior a dois milhões de reais e filiados a partidos de direita (Sardinha, 2023).

Além disso, na Câmara dos Deputados, dos 513 deputados, 263 se declararam empresários e 158 se declararam fazendeiros, ligados ao agronegócio. Já no Senado Federal, 47 senadores se declararam ligados ao agronegócio (Oliveira; Gabriel, 2023).

Portanto, o Parlamento brasileiro tem uma sub-representação da classe trabalhadora e uma hiperrepresentação dos setores das elites brasileiras, revelando uma oligarquização da política brasileira, de tal modo que os empresários representam menos de 4% da população, mas aproximadamente 49% dos deputados se qualificam como empresários.

Outra assimetria concerne ao fato de que uma das maiores bancadas da Câmara dos Deputados é a bancada ruralista, com 158 deputados eleitos, correspondente a aproximadamente 31% dos deputados, numa população em que 86% das pessoas residem nas cidades, ou seja, numa população acentuadamente urbana de baixa renda, elegeu-se uma agenda ruralista e patronal, logo, do Parlamento advém uma agenda patronal e conservadora.

Para Abranches,

o presidencialismo de coalizão tem falhas estruturais. Todo regime de governo as tem. Nosso modelo político anda mal em vários pontos há muito tempo. Só se fala em reformá-lo. O sistema representativo deixou de funcionar. Não só no Brasil. Todas as democracias do mundo se oligarquizaram. Os partidos são dominados por políticos que já não respondem aos eleitores e sim a grupos de pressão e financiadores a eles ligados. Em todas as democracias ditas ocidentais, o número de eleitores descontentes é enorme, e cresce a parcela da população que não se vê representada por nenhum partido ou governante. Vivemos aqui e na maioria das democracias do mundo inquietante crise de lideranças. Não há espaço para a renovação (Abranches, 2018, p. 9).

Embora, a Constituição consagre como um dos fundamentos da República o pluralismo político (CR/88, art. 1º, inciso V) (Brasil, [2024]), isso não se traduz na Casa Legislativa de representação, em tese, do povo, uma vez que a ideologia dominante é a das elites econômicas do país.

Outro impasse do presidencialismo de coalizão está no fato de que o presidente deve ser escolhido em eleição majoritária, ou seja, elege-se por maioria absoluta, mas o seu partido ou a sua federação dificilmente alcança uma bancada com mais de 20% das cadeiras na Câmara dos Deputados, de tal modo que a transformação da coalizão eleitoral vitoriosa em coalizão governativa majoritária exige a mobilização de outros recursos, que resultam na patronagem, no fisiologismo, no clientelismo, que facilitam a corrupção no governo e afastam os interesses do povo da deliberação política (Oliveira; Alves, 2011).

Para Rennó, "as implicações, portanto, da troca de apoio entre o Legislativo e o Executivo é bastante prejudicial à democracia brasileira" (Rennó, 2006, p. 264). Segundo o autor, "essas trocas favorecem a continuidade de práticas antigas, mas ainda arraigadas, de clientelismo, fisiologismo e patrimonialismo, que podem, em último caso, estar na base

de práticas corruptas" (Rennó, 2006, p. 264). Vale dizer que o presidencialismo de coalizão possibilita o fenômeno da patronagem, qual seja, o presidente, para compor a base do governo, constitui seu ministério com elementos dos partidos de base que muitas das vezes não têm qualquer afinidade ideológica e expõe o governo a crises — como os diversos escândalos ministeriais ocorridos pós 1988 — e à fragmentação de suas políticas públicas (Oliveira; Alves, 2011).

Para Rennó,

o presidencialismo de coalizão incentiva uma política personalista, cara a cara, em que a negociação se dá para além dos partidos, se dá — muitas das vezes — diretamente entre o presidente e o deputado federal. Além do personalismo, a negociação em busca de apoio, em busca da formação da base é dispendiosa e lenta, podendo levar ao atraso na aprovação de reformas necessárias e à completa modificação das propostas de lei originais, podendo frustrar uma proposta original de lei oriunda da iniciativa popular ou com grande aceitação para uma proposta deformada que não atende às suas finalidades (Rennó, 2006, p. 264).

Nessa moldura, o presidencialismo de coalizão expõe outra fratura, uma vez que os debates realizados entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo não são pautados por argumentos que levem em consideração os principais problemas enfrentados pela população brasileira nos diferentes âmbitos da realidade, para, a partir de uma dialética construtiva, colmatar os projetos de interesse público. Ao contrário, os parlamentares, para aprovarem a legislação e os projetos de iniciativa do Poder Executivo, exigem barganhas e favores de natureza política e econômica, o que, na história recente da República, reverberou nos episódios da "compra de votos" para aprovação da Emenda Constitucional da reeleição, do "Mensalão" e da "Lava Jato".

Não é objetivo deste trabalho entrar no mérito desses episódios envolvendo a relação entre os poderes Executivo e Legislativo, mas suscitar que a práxis recorrente no presidencialismo de coalizão não é salutar para a democracia

brasileira, porque não se pode consagrar nessa interface de poderes a máxima segundo a qual “os fins justificam os meios”.

O modelo político e econômico adotado no Brasil é de natureza liberal e capitalista, sendo que os interesses que são colocados na arena social e política têm natureza oligárquica, voltada aos anseios dos donos do capital, com alijamento e alienação política da maioria do povo (Oliveira; Alves, 2011).

Os dados alhures descritos mostram que o Parlamento brasileiro, em suas últimas composições, não é um espaço da luta entre as classes, tampouco há evidências de exercício de cidadania pelos grupos vulneráveis e/ou pela classe trabalhadora, notavelmente contagiados pelo desinteresse ou repugnância pela política e, ainda, seduzidos pelas narrativas e discursos dos grupos dominantes, elitistas e conservadores. O déficit de cidadania enfraquece a democracia e a expõe a crises, porquanto, segundo Silva,

[...] a cidadania, que na modernidade ocidental passou a significar a postura do indivíduo perante o Estado como afirmação de classe e contra os estamentos privilegiados, no Brasil dos séculos XX e XXI significou a forma que o indivíduo, especialmente o trabalhador das classes médias e baixas se adaptou às políticas estatais. A cidadania é, portanto, regulada pelo Estado, controlando a atuação política do cidadão (Silva, 2015, p. 305-306).

Ainda de acordo com Silva,

[...] a cidadania presente no cérebro e nas ações dos brasileiros constitui a síntese da história política em nosso país, sem esquecer aqui a base econômica da qual a política tende a relacionar-se superestruturalmente, colocando determinações em últimas instâncias (Silva, 2015, p. 305).

O filósofo Domenico Losurdo, um dos intelectuais e expoentes do marxismo na atualidade, destaca que

[...] a história do sufrágio universal, o movimento de emancipação dos cidadãos como um todo,

com a conquista de direitos sempre se seguiu a tentativas de des-emancipação, fosse por resultado de golpes de Estado ou de revoluções. Contudo, superadas na sua forma tradicional, as cláusulas de exclusão e as discriminações tendem a se apresentar sob a forma de “presidencialismo” nos dias atuais (Losurdo, 2004, p. 64-66).

Não há democracia onde não existir o exercício de cidadania plena. Assim, diante do parlamento mais conservador das últimas décadas, marcado pela acentuada fragmentação partidária, as dificuldades de gerenciamento de uma coalizão governamental complexa e heterogênea ideologicamente evidenciaram as dificuldades dos governos com agendas mais progressistas de fazerem frente às práticas políticas parlamentares que seguiam em direção contrária à democracia.

Para Viana, Carlomagno e Carvalho, a modificação da característica do Legislativo brasileiro, passando de um comportamento reativo para um padrão mais ativo, “parece ter produzido efeitos sobre as relações estabelecidas com o Executivo, logo, na própria dinâmica da democracia consensual brasileira” (Viana; Carlomagno; Carvalho, 2017, p. 57).

Outro elemento de fratura do presidencialismo de coalizão, resultante de um Congresso Nacional conservador, cujos parlamentares são ávidos em atender os seus “redutos eleitorais” para perpetuarem-se no poder, é o chamado “orçamento impositivo”. A implementação desse orçamento é resultado da aprovação de quatro emendas à Constituição.

O “Orçamento impositivo” foi plasmado e aprovado pelo Congresso Nacional em 2015, por meio da Emenda Constitucional nº 86, que prevê a execução obrigatória de emendas parlamentares individuais, sendo que, antes do advento dessa emenda, os parlamentares apenas sugeriam as dotações, cuja execução ficava a critério do governo (Machado, 2020).

Passados quatro anos da aprovação da Emenda Constitucional nº 86, o Congresso Nacional, em 26 de junho de 2019, aprovou a Emenda Constitucional nº 100, que determina

a execução obrigatória de emendas parlamentares de bancada estadual (Machado, 2020).

Em seguida, em 26 de setembro de 2019, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 102, que autoriza a União a dividir com os entes federados o dinheiro a ser obtido com leilões dos excedentes do pré-sal e cria regras orçamentárias para obras que venham a receber recursos por mais de um exercício financeiro (Machado, 2020).

Finalmente, em 12 de dezembro de 2019, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 105, que permite a transferência direta de até 50% dos recursos de emendas individuais a entes federados sem vinculação a uma finalidade específica, desde que pelo menos 70% obrigatoriamente sejam destinados a obras (Machado, 2020).

Não há como olvidar que o “Orçamento impositivo” limitou o manejo de controle e a destinação orçamentária por parte do Chefe do Poder Executivo, retirando um dos instrumentos potentes de negociação com o Congresso Nacional e, por conseguinte, enfraquecendo o presidencialismo de coalizão.

Na abordagem de Abranches,

Já ficou claro, com três décadas de funcionamento ininterrupto e várias crises, que o presidencialismo de coalizão no Brasil é governável, tem capacidades institucionais bastante robustas, porém tem déficits que estão se aprofundando. Institucionais, na resolução de crises de impasse polarizado entre Executivo e Legislativo. De qualidade, coerência e persistência das políticas públicas que produz. De representatividade do sistema partidário e de qualidade da democracia. A crise da democracia representativa é global, como tentei demonstrar em ensaio sobre os imprevistos da grande transição do século XXI. Mas a nossa tem acentos particulares (Abranches, 2018, p. 381).

O presidencialismo de coalizão não contém todos os elementos necessários à representação da maioria da sociedade e à elaboração, instituição e supervisão de boas políticas

públicas. O desenvolvimento econômico e social depende do funcionamento satisfatório de nossa democracia, que sofre combalida por sucessivas crises e tentativas de golpe, bem como pelo déficit de cidadania e a ausência de consciência e participação popular no debate político (Abranches, 2018).

É preciso repensar esse modelo, promovendo-se uma reforma (i) que fortaleça os partidos políticos com o adensamento ideológico e programático, robustecendo de forma transparente a que setor da sociedade representam, de modo a evitar a gritante atomização partidária hoje presente no Parlamento, (ii) que promova a aproximação do eleitor ao eleito, de modo a fomentar a cidadania, com a consciência de fiscalização e cobrança de seu representante eleito, (iii) que possibilite meios mais eficazes de inibir as práticas personalistas e clientelistas e (iv) que crie mecanismos que minimizem a oligarquização da política no âmbito do Parlamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise a respeito do presidencialismo de coalizão, fenômeno político, com características genuinamente brasileiras na atual quadra histórica, é muito relevante, na medida em que os dados engendrados neste trabalho demonstram que as tensões entre os poderes Executivo e Legislativo têm assumido outra faceta, porquanto são nítidas as divergências nas agendas de cada poder, sobretudo, quando quem está à frente do Poder Executivo apresenta programas de viés mais progressista.

O impeachment da Presidente Dilma Rousseff é um exemplo emblemático dessa situação e exterioriza que, na dinâmica política entre os poderes, o presidencialismo de coalizão não funcionou e a nítida colisão Parlamento versus Executivo resultou em um “Golpe Parlamentar” com a deposição da Chefe do Poder Executivo e, a partir de então, a imposição de uma agenda conservadora, do crescimento do discurso de direita e de extrema direita que, com o apoio dos setores

oligárquicos do Brasil, elegeram um deputado do “baixo clero” do Parlamento para Presidente da República.

A eleição de Jair Bolsonaro cristalizou os interesses das elites conservadores brasileiras, contribuiu para a continuidade da erosão de direitos sociais, mitigou a práxis do presidencialismo de coalizão e favoreceu de forma efetiva para a crise do Estado Democrático de Direito, com reiterados ataques às instituições republicanas, com o fomento à polarização e ao discurso de ódio, com o aparelhamento das Forças Armadas, colocando a democracia em xeque.

O presidencialismo de coalizão apresenta muitas fraturas — as quais foram tratadas neste trabalho —, e que revelam a necessidade premente de um debate público sobre uma reforma política que fomente a cidadania, a participação política dos cidadãos e dos movimentos sociais, bem como que crie maiores e melhores mecanismos de accountability em relação aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O déficit de cidadania é um dos graves problemas da democracia brasileira, pois a ausência de consciência crítica sobre direitos e deveres, bem como da importância da política na vida das pessoas que ocupam as polis pós-modernas, favorece a oligarquização da política, as práticas personalistas, clientelistas e patrimonialistas, que erodem a “jovem” democracia tupiniquim.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Brasília: Senado Federal, Serviço Gráfico, 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_R0=f164e65bd3b8aafbe-0962d25f59edd87h6100000000000000009c1a15c9fff-f000000000000000000000000000005b1e984d0090e03690](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_R0=f164e65bd3b8aafbe-0962d25f59edd87h610000000000000009c1a15c9fff-f000000000000000000000000000005b1e984d0090e03690). Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. Brasília, DF: Senado Federal, Serviço Gráfico, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Brasília, DF: Senado Federal, Serviço Gráfico, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Senado Federal, Serviço Gráfico, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Serviço Gráfico, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 4 de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 8.034, 2 set. 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emenda-constitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 6, de 1963. Revoga e Emenda Constitucional nº 4 (Ato Adicional) e restabelece o sistema presidencial de governo. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 793, 23 jan. 1963. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-6-23-janeiro-1963-363624-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=%22Em%20caso%20de%20impedimento%20ou,23%20de%20janeiro%20de%201963>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BUCHATSKY, Felipe Kotait. *Crise da democracia: a blindagem de tribunais com jurisdição constitucional contra ingerências do populismo autoritário*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/582cf907-a525-47a1-a72a-93438381d9d9/content>. Acesso em: 15 ago. 2024.

CIOTTA, Anderson Luís; SIMIONI, Carlos A. O presidencialismo de coalizão brasileiro sob a ótica das eleições de 2022. *Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 116-131, jan./jun. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2020.

LIMONGI, Fernando. Democracia no Brasil: presidencialismo, coalização partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, [s. l.], v. 3, ed. 76, p. 17-41, nov. 2006. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-76/>. Acesso em: 15 ago. 2024.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

MACHADO, Ralph. Veja a cronologia do Orçamento Impositivo e entenda a polêmica do veto. *Agência Câmara de Notícias, Política e Administração Pública*, [s. l.], 4 mar. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/642112-VEJA-A-CRONOLOGIA-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO-E-ENTENDA-A-POLEMICA-DO-VETO>. Acesso em: 21 set. 2024.

MELO, Ricardo de Oliveira; PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstron S. Presidencialismo de coalizão: a necessidade de reconhecimento da comunicação lícita entre os poderes na atualidade brasileira. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 331-361, jul./dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; ALVES, Adalmo dias. Considerações sobre a reforma política: uma análise da relação entre Legislativo e Executivo contra o presidencialismo de coalizão e o bonapartismo. *Revista do Instituto de Herme-*

nêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 9, n. 9, p. 13-31, jan./jun. 2011.

OLIVEIRA, Taísa; GABRIEL, João. Bancada ruralista cresce no Senado e tenta aprovar PL dos agrotóxicos e marco temporal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/06/bancada-ruralista-cresce-no-senado-e-tenta-aprovar-pl-dos-agrotoxicos-e-marco-temporal.shtml>. Acesso em: 21 set. 2024.

PAULA, Júlio César Guimarães. Da coalização ao movimento: metamorfoses no presidencialismo brasileiro e a crise da democracia. *Intellèctus*, [s. l.], ano XXI, n. 2, p. 121-144, 2022.

PEIXOTO, João Paulo M (org.). *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518604/001056459.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2024.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico no presidencialismo de coalizão: as relações entre executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 265-301, 2002.

RAMOS, André Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

REGO, Antônio Carlos Pojo do. Presidencialismo de coalizão e o Legislativo. In: PEIXOTO, João Paulo M. (org.). *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 53-70. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518604/001056459.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2024.

RENNÓ, Lúcio R. Críticas ao presidencialismo de coalizão no Brasil: processos institucionalmente constrictos ou individualmente dirigidos?. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006. p. 259-271.

SARDINHA, Edson. Perfil da nova Câmara escancara desigualdades sociais. *Uol*, [s. l.], 1º fev. 2023. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/perfil-da-nova-camara-escancara-desigualdades-sociais/>. Acesso em: 21 set. 2024.

SILVA, Rafael Egídio Leal E. Democracia brasileira: da cidadania regulada ao presidencialismo de coalizão. *Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica*, [s. l.], v. 2, n. 5, p. 304-323, 2015. Disponível em: <https://revistas.ifpr.edu.br/index.php/ifsophia/article/view/325/280>. Acesso em: 15 ago. 2024.

VIANA, João Paulo S.; CARLOMAGNO, Márcio Cunha; CARVALHO, Valter Rodrigues. Impasses da democracia brasileira: presidencialismo de coalizão, *impeachment* e crise institucional. In: MONTEIRO, Lorena Madruga; SANTA, Luciana (org.). *Temerosas transações: ensaios sobre o golpe recente no Brasil*. [S. l.]: Essere Nel Mondo, 2017. p. 48-68.

200
años



PÓS-MODERNIDADE CONSTITUCIONAL E O DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

CONSTITUTIONAL POST-MODERNITY AND NOTARIAL AND REGISTRAL LAW

Kildare Oliveira Teixeira¹

RESUMO

O Direito Constitucional brasileiro completa 200 anos. O trabalho busca destacar como o contexto pós-moderno impõe desafios significativos à interpretação e aplicação das normas constitucionais, exigindo atualizações para lidar com temas como regulamentação de mídias, reformas eleitorais e a regulamentação dos serviços notariais e de registro. A hermenêutica constitucional depara-se com a necessidade de conciliar princípios tradicionais com demandas contemporâneas, em um cenário marcado por fragmentação e avanços tecnológicos que impactam diretamente a proteção dos direitos fundamentais. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) é destacada como um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, especialmente em tempos de crise, em que o Judiciário deve atuar como guardião da Constituição para garantir a igualdade e a liberdade, mesmo diante das pressões da maioria. Além disso, a jurisdição extrajudicial é apresentada como um paradigma que facilita o acesso à justiça, proporcionando soluções de conflitos de forma mais ágil e eficiente. Por fim, o trabalho aborda a importância da regulamentação do direito notarial e registral como um caminho para a desjudicialização e celeridade da justiça, evidenciando a necessidade de uma abordagem mais ampla e inclusiva, que

¹ Registrador de imóveis titular em Buenópolis/MG e interino no 6º Ofício de Registro de Imóveis em Belo Horizonte/MG, doutor e mestre em Teologia pela Faculdade EST, São Leopoldo/ RS, doutorando em Direito pela UNIMAR/ SP, mestre em Direito pelo IDP - Brasília/DF e Bacharel em Direito. *E-mail:* kildareoliveirateixeira@gmail.com.

respeite o devido processo legal e assegure a efetividade dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: hermenêutica constitucional; jurisdição extra-judicial; desjudicialização; acesso à justiça.

ABSTRACT

Brazilian constitutional law turns 200 years old. This work aims to highlight how the postmodern context imposes significant challenges on the interpretation and application of constitutional norms, requiring updates to address topics such as media regulation, electoral reforms, and the regulation of notarial and registry services. Constitutional hermeneutics faces the challenge of reconciling traditional principles with contemporary demands in a scenario marked by fragmentation and technological advances that directly impact the protection of fundamental rights. The counter-majoritarian function of the Federal Supreme Court (STF) is emphasized as a mechanism for protecting fundamental rights, especially in times of crisis, where the Judiciary must act as the guardian of the Constitution to ensure equality and freedom, even in the face of majority pressures. Moreover, extrajudicial jurisdiction is presented as a paradigm that facilitates access to justice, providing more agile and efficient solutions for conflicts. Finally, the work addresses the importance of regulating notarial and registry law as a pathway to the dejudicialization and acceleration of justice, highlighting the need for a broader and more inclusive approach that respects due process and ensures the effectiveness of constitutional rights.

Keywords: constitutional hermeneutics; extrajudicial jurisdiction; dejudicialization; access to justice.

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Direito Constitucional ao longo de 200 anos no Brasil demonstra como a construção e interpretação da Constituição se adaptam às mudanças sociais, políticas e tecnológicas que ocorrem nesse período, sobretudo com o advento da globalização. A partir de uma trajetória que atravessa momentos históricos distintos, o Direito Constitucional mostra-se uma ferramenta essencial na promoção da cidadania, da justiça e na construção de um Estado Democrático de Direito.

Diante de uma sociedade em constante transformação, novos desafios emergem, como a regulamentação das mídias, as reformas eleitorais e a necessidade de adequação do direito notarial e registral, exigindo um olhar mais atento para a hermenêutica constitucional e a adaptação das práticas jurídicas às demandas contemporâneas. Com isso, a pesquisa analisa os desafios contemporâneos do Direito Constitucional e as necessárias atualizações para seu efetivo funcionamento.

Diante desse cenário, o problema de pesquisa que guia o estudo é: De que forma o Direito Constitucional, ao longo de seus 200 anos de evolução, pode enfrentar os desafios contemporâneos e a necessidade de modernização dos serviços notariais e registrais, visando à efetivação de uma jurisdição mais célere e eficiente? Essa pergunta direciona a análise sobre a necessidade de constante atualização do Direito Constitucional para garantir a proteção dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia em um contexto cada vez mais complexo e plural.

A relevância social e jurídica do tema reside na necessidade de compreender como o Direito Constitucional pode ser atualizado para responder aos desafios contemporâneos e às demandas de uma sociedade pós-moderna. Em tempos de intensa polarização política, desinformação nas redes sociais e o avanço das novas tecnologias, a busca por soluções eficazes que garantam a efetividade do acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais torna-se imprescindível.

A metodologia adotada é baseada em uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e com o uso do método dedutivo. A pesquisa bibliográfica permite a análise de obras doutrinárias, artigos acadêmicos, legislações e decisões judiciais que contribuem para a construção de um entendimento aprofundado sobre o tema. A abordagem qualitativa possibilita a identificação dos principais desafios e tendências que o Direito Constitucional enfrenta na atualidade, bem como a análise de como essas questões impactam diretamente a realidade jurídica e social do país. O método dedutivo, por sua vez, permite partir de conceitos gerais do Direito Constitucional para a compreensão de questões específicas, como a necessidade de desjudicialização e a celeridade da justiça.

As contribuições do estudo são significativas, ao proporcionar uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de atualizações no campo do Direito Constitucional, a fim de que ele possa acompanhar as mudanças da sociedade e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A pesquisa destaca a importância da hermenêutica constitucional como um instrumento adaptativo que permite ao direito responder de maneira eficaz aos desafios impostos pela sociedade contemporânea, bem como a necessidade de fortalecer a jurisdição extrajudicial como um mecanismo de desjudicialização e acesso à justiça.

Além disso, o estudo aborda a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) e seu papel na proteção dos direitos fundamentais, evidenciando a necessidade de um Poder Judiciário que esteja em sintonia com os princípios democráticos, sem se afastar de sua função de guardião da Constituição. Ao abordar a regulamentação do direito notarial e registral, o estudo contribui para o debate sobre a necessidade de aprimoramento desses serviços, de modo a tornar o sistema jurídico brasileiro mais eficiente e acessível.

Ao final, a pesquisa evidencia que a evolução do Direito Constitucional não pode ser vista como um processo estático, mas sim como um movimento contínuo que deve acompanhar

as transformações sociais, políticas e tecnológicas. A reflexão sobre os desafios contemporâneos e a necessidade de atualizações aponta caminhos para que o Direito Constitucional continue sendo um instrumento efetivo na construção de uma sociedade democrática, justa e inclusiva, capaz de responder às demandas do século XXI.

2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A COMPLEXIDADE PÓS-MODERNA: DESAFIOS E TENDÊNCIAS ATUAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Por meio da evolução do Direito Constitucional, é imprescindível reconhecer que o contexto pós-moderno trouxe desafios significativos para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. A sociedade contemporânea está marcada por transformações sociais, políticas e tecnológicas que tornam o ambiente jurídico cada vez mais complexo e dinâmico. A necessidade de conciliar os princípios tradicionais do Direito Constitucional com as demandas de uma sociedade em constante evolução exige uma abordagem hermenêutica mais adaptativa, que seja capaz de responder a essas novas realidades sem perder a essência do ordenamento jurídico (Abboud, 2024).

O direito deve reconhecer seus próprios limites para permanecer relevante e eficaz. Não reconhecer esses limites pode resultar na incapacidade do sistema jurídico de enfrentar questões indecidíveis. Em meio a essa complexidade pós-moderna, a hermenêutica constitucional precisa lidar com o desafio de garantir que a democracia seja protegida e que o direito se mantenha como um instrumento de regulação efetivo, mesmo diante de cenários de incerteza e conflitos crescentes (Abboud, 2024).

A pós-modernidade caracteriza-se por uma fragmentação e pluralidade que impõem desafios significativos à interpretação jurídica. Não se trata apenas de aplicar as normas constitucionais de forma literal, mas de reconhecer que o direito

precisa dialogar com as diversas esferas sociais, culturais e políticas que influenciam a realidade. Para Abboud (2024), a hermenêutica constitucional deve ser sensível à multiplicidade de discursos e realidades que permeiam a sociedade, construindo um diálogo constante com essas transformações para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e a manutenção da ordem democrática.

Nesse cenário, a influência das novas tecnologias é um aspecto fundamental que impacta diretamente a interpretação do Direito Constitucional. Conforme Lawrence Lessig (2009), a sociedade digital impõe desafios ao direito, especialmente em relação à privacidade e liberdade de expressão. O ambiente digital é marcado por uma interconexão constante, e a capacidade do Direito Constitucional de proteger os direitos fundamentais nesse contexto depende de uma hermenêutica capaz de se adaptar à rapidez e ao alcance da disseminação de informações.

Nesse sentido, a pós-modernidade trouxe à tona uma série de paradoxos que impactam diretamente a atuação do Poder Público, principalmente em suas dimensões de democracia, Estado e direito. A “proceduralização” surge como um mecanismo capaz de auxiliar o sistema jurídico a lidar com essas incertezas, pois oferece um paradigma que reconhece a necessidade de processos mais adaptativos e flexíveis (Abboud, 2024). É importante destacar que a proceduralização não se trata de um abandono do paradigma da decisão, mas de uma forma de enriquecer a capacidade do direito de responder aos desafios contemporâneos.

A proceduralização, proposta por Georges Abboud (2024), surge como uma resposta à complexidade da sociedade contemporânea. Esse processo permite ao sistema jurídico se adaptar às novas realidades, desenvolvendo mecanismos mais flexíveis e eficazes para enfrentar as incertezas do mundo atual. A hermenêutica constitucional deve, portanto, incorporar essa ideia de proceduralização para garantir uma interpretação que seja capaz de evoluir e se ajustar às demandas da sociedade.

Além disso, a questão da influência religiosa na política brasileira é um fenômeno que apresenta desafios para a manutenção do Estado laico e do princípio da igualdade. Como John Rawls (1993) argumenta, a necessidade de uma razão pública é essencial em sociedades democráticas, pois as decisões políticas devem ser justificadas com base em princípios que possam ser aceitos por todos os cidadãos, independentemente de suas crenças religiosas. Nesse sentido, a hermenêutica constitucional deve ser capaz de manter um equilíbrio entre a liberdade religiosa e a neutralidade do Estado, garantindo que a legislação não seja influenciada por preceitos religiosos em detrimento da diversidade e igualdade.

Ao considerar a necessidade de se adaptar às mudanças impostas pela globalização e pelas novas tecnologias, o Direito Constitucional enfrenta a tarefa de proteger a sua autonomia e relevância. Heidegger (2008) adverte sobre os perigos do relativismo e do ceticismo que emergem da pós-modernidade, alertando para a importância de manter o direito como um instrumento capaz de enfrentar os desafios trazidos por essas transformações. A hermenêutica constitucional, portanto, deve se posicionar como um elemento que resguarda a eficácia e a autonomia do direito diante da pluralidade e complexidade da sociedade contemporânea.

No discurso da pós-modernidade, rejeita-se qualquer fuga da democracia ou do direito. Sendo assim, ao compreender as mudanças trazidas na esfera pública contemporânea, corre-se o risco de trabalhar apenas com meios obsoletos para lidar com o presente. Assim, o direito precisa evitar a armadilha dos discursos céticos e relativistas que ameaçam sua autonomia e eficácia (Heidegger, 2008).

A presença das novas tecnologias também impõe desafios à hermenêutica constitucional, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. A disseminação de desinformação nas redes sociais, por exemplo, ameaça a liberdade de expressão e a integridade das informações. Conforme Wermuth, Morais e Festugatto (2021),

a era digital criou um ambiente propício para a propagação de *fake news*, o que exige uma atuação mais firme do Direito Constitucional para proteger a veracidade e a integridade das informações.

O papel da hermenêutica constitucional na promoção da sustentabilidade do Estado Democrático de Direito é crucial, pois ela deve orientar a interpretação das normas de forma a fortalecer as instituições democráticas e fomentar a participação cidadã. Diante das ameaças representadas pela polarização política e pela disseminação de desinformação, torna-se essencial uma hermenêutica que priorize a transparência e a inclusão, assegurando que o Direito Constitucional continue sendo instrumento eficaz na proteção e concretização dos direitos fundamentais.

A hermenêutica constitucional precisa proteger a autonomia do direito. A proceduralização apresenta-se como um caminho essencial para que a jurisdição desenvolva os meios de lidar com regulamentações cada vez mais complexas, garantindo a eficácia do direito em um mundo em constante transformação (Abboud, 2024).

A aplicação do método da instrumentalidade metodológica revela-se essencial para a análise da processualidade no Direito Constitucional, pois permite construir essa concepção a partir dos conflitos que emergem na sociedade. Essa perspectiva viabiliza a criação de processos e procedimentos capazes de oferecer soluções eficazes e equitativas às demandas jurídicas, garantindo, assim, uma tutela jurisdicional efetiva e alinhada aos princípios constitucionais (Grinover, 2018).

Desse modo, o desenvolvimento do direito formal, segundo Marcelo Rodrigues (2014), está inserido no ramo público do Direito. Todavia, sua função se desenvolve na esfera privada, pois é nesse ramo público que o direito material se põe em movimento. A partir dessas premissas estruturais do processo, permite-se a criação de normas que proceduralizem a atuação jurisdicional a partir dos princípios do direito notarial e registral. Isso inclui uma

construção epistemológica e estrutural do devido processo legal extrajudicial com características e atributos próprios, sem qualquer movimento de retrocesso das garantias, preservando todos os princípios do devido processo legal. Entretanto, realiza-se a construção de normas com características peculiares, de feição fechada, às vezes redundantes, em virtude de algumas características do sistema de direito notarial e registral, como a responsabilidade civil dos delegatários, o controle da atividade pelo Poder Judiciário e a previsibilidade das decisões finais nos procedimentos, garantindo, assim, a segurança e a eficácia das decisões judiciais.

Tal abordagem reforça a necessidade de um sistema jurídico capaz de se adaptar às exigências contemporâneas, ao mesmo tempo em que assegura a aplicação justa e coerente dos princípios constitucionais.

Diante dessa realidade, a hermenêutica constitucional deve atuar como uma ferramenta essencial para assegurar a adaptabilidade e a relevância do Direito Constitucional, preservando seus princípios em face das transformações sociais, políticas e tecnológicas que caracterizam a sociedade pós-moderna. É nesse sentido que a análise das tendências atuais e a reflexão sobre os desafios contemporâneos se tornam fundamentais para compreender o papel do Direito Constitucional brasileiro nos próximos anos, garantindo que ele permaneça um instrumento efetivo na construção de uma sociedade democrática, justa e inclusiva, em consonância com o objetivo principal deste trabalho de refletir sobre os desafios e a necessidade de atualizações constantes no âmbito constitucional.

3 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA E OS DESAFIOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A função contramajoritária, desempenhada principalmente pelo STF, é um dos pilares essenciais na garantia dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

Segundo a teoria constitucional, o papel do STF torna-se particularmente relevante em tempos de crise, quando a proteção dos direitos fundamentais pode estar ameaçada por decisões políticas que favoreçam as maiorias em detrimento das minorias.

Frank Michelman (2005) destaca que a democracia constitucional não se limita à simples expressão da vontade da maioria, mas sim a um mecanismo de contenção que assegura a proteção dos direitos e liberdades individuais contra possíveis abusos por parte das maiorias políticas. Dessa forma, a atuação do STF não se restringe a interpretar a Constituição de maneira literal, mas sim a garantir que os princípios fundamentais sejam efetivados e aplicados de forma justa e equitativa. Nesse contexto, as mudanças trazidas pela pós-modernidade e o avanço das novas tecnologias ampliam os desafios enfrentados pelo STF. O papel dessa instituição, portanto, deve se adaptar a essas transformações, assegurando que os direitos fundamentais sejam protegidos em um ambiente cada vez mais complexo e interconectado.

A função contramajoritária do Poder Judiciário, especialmente no contexto da Constituição de 1988, continua sendo um dos pilares fundamentais para a preservação dos direitos fundamentais e a manutenção do Estado Democrático de Direito no Brasil. Conforme Ommati e Pedron (2021, p. 107), o Judiciário tem a missão de atuar como guardião da Constituição, evitando sucumbir às "vozes das ruas" e mantendo-se independente das pressões populares momentâneas que possam comprometer a proteção dos direitos individuais.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2017), em seus trabalhos acadêmicos e votos como magistrado, sugere que o Judiciário deve assumir não apenas uma função contramajoritária, mas também representativa e majoritária. Para Barroso, a ascensão do Judiciário como protagonista político após a Segunda Guerra Mundial reflete a necessidade de um órgão que seja capaz de suprir as falhas do Legislativo e do Executivo na construção de consensos sobre temas polêmicos. No entanto, essa proposta

é criticada por Ommati e Pedron (2021), que apontam que essa expansão das funções do Judiciário pode resultar em um déficit democrático e na perda da legitimidade do Poder Judiciário.

O argumento central dos autores é que a função contramajoritária do Judiciário deve ser compreendida como uma forma de proteção dos direitos fundamentais contra a possível opressão das maiorias políticas. Ao assumir funções representativas ou majoritárias, o Judiciário corre o risco de se afastar de seu papel originário de defender a integridade dos direitos constitucionais e pode, inclusive, assumir uma postura autoritária ao tentar “empurrar a história” em determinadas direções. Essa postura vai de encontro à teoria de Dworkin (2005), que defende a ideia do direito como integridade, em que o Judiciário deve atuar como um instrumento que assegure a igualdade e a liberdade de todos os cidadãos, e não como um órgão que interfere nas escolhas políticas da sociedade.

Com base nos estudos de Dworkin (2005), vale dizer que o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário não é contrário à democracia, mas sim um mecanismo que assegura a proteção dos direitos fundamentais e o princípio democrático de parceria. A atuação do Judiciário deve, portanto, ser orientada por princípios e não por políticas, evitando decisões que possam privilegiar determinadas maiorias em detrimento das minorias (Dworkin, 2003).

Por fim, Ommati e Pedron (2021) ressaltam que o papel do Judiciário em uma democracia deve ser o de garantir o igual respeito e consideração por todos os cidadãos, assegurando que a Constituição seja interpretada de forma a proteger os direitos fundamentais e a dignidade humana. A função contramajoritária, portanto, não é apenas um instrumento de resistência contra a tirania da maioria, mas também um meio de assegurar que o projeto democrático seja realizado em sua plenitude.

A função contramajoritária do Poder Judiciário, portanto, emerge como um pilar indispensável para a consolidação de uma democracia que efetivamente proteja e promova os direitos

fundamentais, independentemente das pressões majoritárias. Essa função deve ser exercida com cautela e equilíbrio, evitando a sobreposição ao papel dos demais poderes, mas também garantindo que a dignidade humana e os princípios constitucionais sejam respeitados e preservados. Diante dos desafios contemporâneos, o STF e o Poder Judiciário devem atuar como guardiões dos direitos, contribuindo para o objetivo principal deste trabalho de refletir sobre a necessidade de atualização e fortalecimento das instituições democráticas, garantindo que a justiça permaneça um baluarte da proteção dos direitos em um ambiente em constante evolução.

4 JURISDIÇÃO EXTRAJUDICIAL E A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA: UM NOVO PARADIGMA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A jurisdição extrajudicial tem ganhado destaque como uma alternativa eficiente e eficaz na busca por soluções de conflitos em um cenário marcado pela crescente complexidade das relações jurídicas e pelo volume de demandas no Poder Judiciário. Ao permitir que determinadas questões sejam resolvidas fora do âmbito judicial, a jurisdição extrajudicial contribui para o acesso à justiça de forma mais célere e menos burocrática, sem abrir mão da segurança jurídica e do respeito aos direitos fundamentais. A incorporação desse novo paradigma representa um avanço significativo na democratização da justiça, ampliando as possibilidades de resolução de conflitos de maneira mais ágil e eficaz.

O conceito de jurisdição evoluiu ao longo do tempo, especialmente com a incorporação da jurisdição extrajudicial como um novo paradigma na solução de conflitos. Segundo Carvalho Netto (2004), a Constituição Federal atua como um macrossistema que integra diversos microssistemas, legitimando tanto a política quanto o direito dentro de uma hermenêutica que se fundamenta em várias tradições históricas e que serve de base para a comunidade político-jurídica.

Luhmann (1997), em sua teoria dos sistemas, contribui significativamente para a compreensão do papel da jurisdição extrajudicial no contexto contemporâneo. Luhmann entende o direito como um sistema autopoietico, ou seja, um sistema que se reproduz a partir de suas próprias operações e normas. No contexto da jurisdição extrajudicial, essa perspectiva luhmanniana sugere que o direito notarial e registral atua como um subsistema do direito, que opera de forma independente, mas em consonância com o sistema jurídico mais amplo. Esse funcionamento autônomo possibilita que a jurisdição extrajudicial ofereça soluções eficazes e eficientes para a resolução de conflitos, sem a necessidade de intervenção direta do Judiciário.

O desenvolvimento do direito brasileiro, no entanto, manteve o sistema de registros públicos e serviços notariais sob uma regulamentação limitada, conforme estabelecido no art. 236 da Constituição e seus parágrafos (Brasil, [2024]). Essa ausência de regulamentação mais abrangente impôs restrições ao processo de desjudicialização, limitando o potencial do direito notarial e registral para expandir seu papel na efetiva prestação de justiça. De acordo com a perspectiva de Luhmann (1997), a falta de diferenciação adequada entre os subsistemas do direito pode causar sobrecarga e ineficiência, prejudicando a capacidade do sistema jurídico de responder às demandas sociais.

No contexto da desjudicialização, Flávia Pereira Hill (2020, p. 380) propõe o conceito de "devido processo legal extrajudicial," que visa a assegurar que os procedimentos realizados fora do âmbito judicial tradicional sejam justos e imparciais. A autora enfatiza que, para garantir o respeito ao devido processo legal em ambientes extrajudiciais, como os cartórios de notas e registros, é necessário que esses procedimentos respeitem elementos fundamentais, tais como: imparcialidade e independência, controle externo, publicidade, previsibilidade do procedimento e o contraditório. Esses elementos reforçam a ideia de Luhmann (1997) de que a função

do direito é a redução da complexidade social, proporcionando expectativas normativas que possam orientar o comportamento dos atores envolvidos.

A imparcialidade, por exemplo, é um dos aspectos mais relevantes nesse cenário, uma vez que os agentes extrajudiciais, como os delegatários de cartórios, devem agir de forma neutra em relação às partes envolvidas (Hill, 2020). Esse compromisso com a imparcialidade é essencial para legitimar o processo de desjudicialização, assegurando que o acesso à justiça, direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, [2024]), não seja comprometido. Nesse sentido, a abordagem de Luhmann (1997) sobre a importância da confiança nos sistemas sociais reforça a necessidade de procedimentos extrajudiciais confiáveis e imparciais para garantir a eficácia e a legitimidade das decisões tomadas fora do âmbito judicial.

Além disso, Hill (2020) destaca a necessidade do controle externo para garantir a legalidade dos atos extrajudiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel fundamental na fiscalização da atividade notarial e registral, assegurando que tais procedimentos sejam compatíveis com os princípios constitucionais. A existência de mecanismos de controle e fiscalização é essencial para garantir a autonomia dos sistemas e a sua capacidade de se autorregular, preservando a legitimidade e a funcionalidade do direito.

A publicidade dos atos extrajudiciais, conforme Hill (2020), é outro elemento indispensável para garantir a transparência e a confiança nos processos realizados fora do Judiciário. Essa característica permite o controle social e aumenta a confiança dos cidadãos nos procedimentos extrajudiciais, que já possuem um histórico de operarem com base na publicidade dos atos. A publicidade atua como um mecanismo de comunicação que reforça a confiança e a previsibilidade nas interações sociais, tornando o sistema jurídico mais transparente e acessível.

A previsibilidade dos procedimentos extrajudiciais também é ressaltada por Hill (2020), uma vez que regras claras e procedimentos padronizados contribuem para que as partes envolvidas compreendam o desenvolvimento do processo, evitando surpresas e garantindo a segurança jurídica. Para Luhmann (1997), a previsibilidade é um fator essencial para a estabilidade do sistema jurídico, pois permite que os indivíduos ajustem seu comportamento de acordo com as expectativas normativas estabelecidas.

Finalmente, o contraditório deve ser observado nos procedimentos extrajudiciais para assegurar que as partes tenham a oportunidade de se manifestarem e influenciarem o resultado do processo (Hill, 2020). Esse aspecto é fundamental para que o devido processo legal extrajudicial se concretize e para que a jurisdição extrajudicial possa se consolidar como uma alternativa legítima de acesso à justiça. A inclusão do contraditório nos procedimentos jurídicos contribui para a legitimidade do processo decisório, ao permitir que os diferentes pontos de vista sejam considerados na tomada de decisão.

O direito formal desempenha um papel essencial na segurança jurídica, sobretudo no contexto dos registros públicos. A rigidez normativa que caracteriza o direito formal atua em sincronia com o direito material, conferindo validade e publicidade aos atos jurídicos. A combinação entre a rigidez das normas e a previsibilidade dos procedimentos assegura que os serviços notariais e de registro possam contribuir de forma eficaz para a garantia do acesso à justiça. Essa ideia se alinha com o pensamento sobre a importância da formalização das expectativas normativas como uma forma de assegurar a estabilidade e a continuidade do sistema jurídico.

Contudo, o processo de desjudicialização enfrenta desafios, como a falta de regulamentação clara sobre a responsabilidade civil dos delegatários de cartórios, que oscila como um pêndulo: ora é objetiva e em outros momentos subjetiva, o que contrasta com a responsabilização de promotores e juízes, que só ocorre em casos de dolo ou fraude.

A ausência de critérios claros de responsabilização pode prejudicar a confiança no sistema jurídico e comprometer a eficácia da jurisdição extrajudicial.

Nesse contexto, Hill (2020) sugere que a jurisdição extrajudicial deve ser encarada como um complemento ao sistema judiciário tradicional, contribuindo para a redução da sobrecarga do Poder Judiciário e promovendo o acesso à justiça de forma mais ágil e efetivo. A integração dos serviços notariais e de registro ao sistema de jurisdição demonstra que a efetivação da tutela jurisdicional não está restrita à atuação do Estado-juiz, mas pode ocorrer por meio de procedimentos extrajudiciais que, ao respeitarem os princípios do devido processo legal, garantem a proteção dos direitos fundamentais.

A jurisdição extrajudicial, ao se integrar ao sistema constitucional brasileiro, representa um importante avanço na garantia do acesso à justiça e na busca por soluções mais eficientes e ágeis para os conflitos, o que será detalhado no próximo tópico. Sua eficácia, entretanto, depende da observância dos princípios do devido processo legal e da contínua busca pela regulamentação que assegure a segurança jurídica e o respeito aos direitos fundamentais.

Em resumo, a jurisdição extrajudicial consolida-se como um instrumento essencial para a efetivação do direito de acesso à justiça, complementando o sistema judiciário tradicional e proporcionando uma via mais rápida e eficaz para a resolução de conflitos. Sua atuação, fundamentada na imparcialidade, transparência e respeito ao contraditório, reforça o compromisso com os princípios constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais. Assim, a adoção e o aprimoramento desse mecanismo contribuem para o objetivo maior de modernizar e tornar o sistema jurídico brasileiro mais acessível e adaptável às demandas da sociedade contemporânea, assegurando que a justiça seja efetivamente realizada em suas múltiplas dimensões.

5 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL: UM CAMINHO PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO E CELERIDADE DA JUSTIÇA

A regulamentação do direito notarial e registral tem se destacado como um fator essencial para a desjudicialização e a promoção de uma justiça mais célere e acessível. À medida que o sistema jurídico brasileiro enfrenta os desafios de um Judiciário sobrecarregado, a busca por soluções alternativas e extrajudiciais se torna cada vez mais necessária. A implementação de procedimentos que permitam a resolução de questões de forma eficaz e sem a necessidade de intervenção direta do Poder Judiciário reflete uma mudança de paradigma, orientada para a garantia do acesso à justiça e para a eficiência na prestação de serviços essenciais à sociedade.

Ao longo do tempo, o conceito de jurisdição passou por uma expansão significativa. Ada Pellegrini Grinover (2018) apresentou uma visão mais abrangente, afirmando que a jurisdição não deve ser vista apenas como um poder, uma função ou uma atividade do Estado. Para a autora, é fundamental que o conceito de jurisdição abranja também os métodos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, que operam sem a necessidade de uma intervenção estatal direta para serem efetivos. Essa perspectiva desafia a abordagem tradicional, que vincula a jurisdição a um poder coercitivo, e enfatiza a jurisdição como uma forma de garantir o acesso à justiça.

A desjudicialização tem se mostrado uma solução eficaz para descongestionar o Poder Judiciário e proporcionar maior celeridade na resolução de conflitos. A regulamentação do direito notarial e registral desempenha papel fundamental nesse processo, pois permite que procedimentos tradicionalmente conduzidos na esfera judicial sejam realizados por agentes extrajudiciais. A atuação desses agentes possibilita a realização de serviços de forma mais ágil e menos burocrática, refletindo em uma justiça mais acessível e eficiente. Hill (2020) ressalta que a desjudicialização não se limita a transferir a competência

do Judiciário para os cartórios, mas representa uma abordagem inovadora que amplia o direito fundamental do acesso à justiça, tornando-o mais próximo do cidadão. Tal mudança representa um avanço significativo na democratização do sistema jurídico, principalmente em um contexto em que a morosidade processual é um dos principais obstáculos para a efetiva prestação jurisdicional.

Os serviços notariais e registrais são essenciais para garantir a segurança jurídica e a autenticidade de atos e negócios jurídicos. Ao conferir fé pública aos documentos e dar publicidade aos atos praticados, esses serviços asseguram a validade e eficácia dos negócios realizados na esfera privada. No entanto, a falta de uma regulamentação detalhada e abrangente para esses serviços ainda representa um desafio significativo para o avanço da desjudicialização. A regulamentação limitada desses serviços na Constituição Federal restringe o potencial da atuação dos cartórios e, conseqüentemente, limita a amplitude da desjudicialização. É importante destacar que, sem a devida regulamentação, há o risco de que a prestação desses serviços seja marcada por ineficiências, o que comprometeria a confiança e a segurança que a população deve ter nesses procedimentos.

Hill (2020) argumenta que a desjudicialização deve ser compreendida como um mecanismo que visa a promover o acesso à justiça de maneira eficaz e simplificada, garantindo que a resolução de conflitos seja conduzida de forma menos onerosa e mais célere. Nesse sentido, os serviços notariais e de registro tornam-se instrumentos vitais para a operacionalização desse processo, na medida em que proporcionam a realização de atos de maneira extrajudicial. Ao permitir que questões como escrituras públicas, divórcios consensuais e registros de imóveis sejam realizados fora da esfera judicial, a desjudicialização contribui para desafogar o Judiciário e facilitar o acesso dos cidadãos aos seus direitos, sem a necessidade de enfrentar a burocracia e a morosidade dos tribunais.

O Decreto-Lei nº 70/1966 (Brasil, 1966) é um exemplo pioneiro de como a desjudicialização pode ser aplicada na prática, ao prever a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias por meio de um agente fiduciário. Tal procedimento inovador permitiu que a execução de garantias imobiliárias ocorresse fora do âmbito judicial, conferindo maior agilidade e eficiência ao processo de cobrança. No entanto, a constitucionalidade dessa norma foi amplamente questionada após a promulgação da Constituição de 1988, especialmente quanto à observância do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa (Ribeiro, 2022). A controvérsia que se formou em torno do Decreto-Lei evidenciou a necessidade de um equilíbrio entre a eficiência dos procedimentos extrajudiciais e a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF (Brasil, 1998), o STF confirmou a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966, ressaltando que o procedimento de execução extrajudicial não inviabiliza a posterior intervenção do Poder Judiciário, caso sejam constatadas ilegalidades no curso do processo. Essa decisão foi fundamental para validar a aplicação de mecanismos extrajudiciais no ordenamento jurídico brasileiro, reforçando a ideia de que a desjudicialização pode coexistir com o controle jurisdicional, garantindo assim a segurança e a proteção dos direitos das partes envolvidas (Brasil, 1998). Essa decisão serviu de precedente para a aceitação de outras formas de execução extrajudicial, como as previstas na Lei nº 9.514/1997 (Brasil, 1997), fortalecendo o papel dos agentes extrajudiciais no contexto da justiça brasileira.

A Lei nº 9.514/1997 introduziu a figura da alienação fiduciária em garantia, possibilitando que, em caso de inadimplência, o credor consolidasse a propriedade do imóvel sem a necessidade de recorrer ao Judiciário (Brasil, 1997). Essa inovação trouxe uma significativa redução nos prazos de recuperação de crédito e simplificou os procedimentos de execução, proporcionando maior segurança jurídica e

eficiência na execução de garantias imobiliárias (Chalhub, 2000). Entretanto, tal medida também gerou debates sobre sua compatibilidade com os princípios constitucionais, em especial no que concerne à observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o devedor poderia ter seu imóvel leiloadado sem uma decisão judicial prévia.

A reafirmação da constitucionalidade da execução extrajudicial prevista na Lei nº 9.514/1997 pelo STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 627.106/DF (Brasil, 2021), em 2021, consolidou a importância dos procedimentos extrajudiciais para a celeridade da justiça brasileira. A Corte considerou que o procedimento não viola o direito de acesso ao Judiciário, uma vez que o devedor tem a possibilidade de recorrer judicialmente para contestar eventuais irregularidades no processo de execução (Brasil, 2021). Essa decisão reforça a ideia de que a desjudicialização não elimina o papel do Poder Judiciário, mas sim o complementa, oferecendo alternativas mais céleres e eficientes para a resolução de conflitos.

A regulamentação do direito notarial e registral é imprescindível para assegurar a eficiência e a transparência dos procedimentos extrajudiciais. Hill (2020) enfatiza que a ausência de critérios claros e objetivos para a atuação dos agentes fiduciários pode comprometer a imparcialidade e a eficácia dos processos realizados. A definição de normas específicas para a atuação desses agentes é essencial para garantir a equidade e a legalidade dos procedimentos, assegurando que os direitos dos envolvidos sejam respeitados e protegidos.

A integração dos serviços notariais e registrais ao sistema de justiça representa uma estratégia eficaz para promover a celeridade processual. A desjudicialização permite que questões sejam resolvidas de forma rápida e eficiente, liberando o Judiciário para se concentrar em casos mais complexos e que realmente demandam uma intervenção jurisdicional. Ao proporcionar um atendimento mais rápido e menos burocrático, as serventias extrajudiciais contribuem para

uma justiça mais acessível e eficiente, beneficiando tanto os cidadãos quanto o próprio sistema jurídico (Grinover, 2018).

A atuação do CNJ na fiscalização dos serviços notariais e registrais é essencial para garantir que os procedimentos extrajudiciais sejam realizados em conformidade com os princípios constitucionais e com o devido processo legal. O controle externo exercido pelo CNJ assegura que os atos praticados pelos agentes extrajudiciais sejam submetidos a padrões de legalidade e eficiência, garantindo a transparência e a segurança jurídica dos atos praticados (Hill, 2020).

A possibilidade de impugnação e revisão judicial dos atos extrajudiciais também constitui uma garantia fundamental para a observância do devido processo legal. A previsão de mecanismos que permitam ao devedor contestar eventuais irregularidades no processo de execução é essencial para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a efetividade do princípio do contraditório (Brasil, 2021).

Por fim, a regulamentação clara e detalhada do direito notarial e registral é indispensável para consolidar a desjudicialização e garantir a celeridade da justiça. Ao assegurar que os procedimentos extrajudiciais sejam conduzidos de forma justa, imparcial e eficiente, o sistema jurídico terá a capacidade de atender de maneira mais efetiva às demandas sociais, promovendo o direito fundamental do acesso à justiça e a efetividade dos direitos dos cidadãos, de acordo com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

6 CONCLUSÃO

A conclusão deste estudo reforça a ideia de que a evolução do Direito Constitucional ao longo dos anos no Brasil demonstra sua capacidade de adaptação e resiliência diante dos inúmeros desafios sociais, políticos e tecnológicos que surgiram ao longo do tempo. A trajetória do Direito Constitucional brasileiro revela um caminho de contínuo aprimoramento e busca por justiça, reafirmando sua importância como instrumento fundamental

na promoção da cidadania e na consolidação do Estado Democrático de Direito. Diante de um cenário cada vez mais complexo e diversificado, é evidente que o Direito Constitucional precisa continuar evoluindo para se manter relevante e eficaz na garantia dos direitos fundamentais.

A pesquisa evidenciou que a hermenêutica constitucional tem um papel central nesse processo de atualização, uma vez que permite uma interpretação mais flexível e adaptativa das normas constitucionais, capaz de responder às demandas contemporâneas. A complexidade da sociedade pós-moderna exige que o Direito Constitucional seja interpretado de forma dinâmica, levando em consideração as transformações que afetam diretamente a vida dos cidadãos. Nesse sentido, a hermenêutica constitucional deve ser entendida como um instrumento que possibilita a renovação do entendimento jurídico, evitando interpretações rígidas e ultrapassadas que possam comprometer a efetividade da justiça.

Além disso, o estudo destacou a importância da função contramajoritária exercida pelo STF na proteção dos direitos fundamentais, especialmente em momentos de crise e instabilidade política. O papel do STF como guardião da Constituição e defensor dos direitos das minorias é essencial para evitar que decisões tomadas pelas majorias políticas coloquem em risco os princípios democráticos e os direitos individuais. No entanto, é fundamental que o Judiciário mantenha um equilíbrio em sua atuação, garantindo a proteção dos direitos fundamentais sem ultrapassar os limites de sua função.

A pesquisa também mostrou que a desjudicialização e a ampliação da jurisdição extrajudicial representam caminhos promissores para a promoção de uma justiça mais célere e acessível. Ao possibilitar que determinados conflitos sejam resolvidos fora do âmbito judicial, a jurisdição extrajudicial contribui para a redução da sobrecarga do Poder Judiciário, proporcionando um acesso mais rápido e eficiente à justiça. Essa alternativa é especialmente relevante em um contexto

em que a morosidade processual representa um dos principais obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

No entanto, para que a desjudicialização se consolide como um mecanismo eficaz de acesso à justiça, é necessário que haja uma regulamentação clara e abrangente dos serviços notariais e registrais. A falta de regulamentação pode comprometer a eficiência e a segurança jurídica desses procedimentos, limitando o potencial da jurisdição extrajudicial como um instrumento efetivo de resolução de conflitos. Assim, a regulamentação do direito notarial e registral torna-se um fator essencial para garantir a imparcialidade, transparência e legalidade dos procedimentos extrajudiciais.

O estudo evidenciou que a modernização do Direito Constitucional deve estar alinhada com os avanços tecnológicos e com a necessidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais em um ambiente digital. As novas tecnologias, ao mesmo tempo em que proporcionam inúmeras oportunidades, trazem desafios significativos para a aplicação e interpretação das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito à privacidade, liberdade de expressão e disseminação de informações. Portanto, é imprescindível que o Direito Constitucional acompanhe essas transformações e desenvolva mecanismos que assegurem a proteção dos direitos dos cidadãos em um ambiente cada vez mais digitalizado.

Ao refletir sobre os 200 anos de evolução do Direito Constitucional brasileiro, fica claro que esse campo do direito deve permanecer em constante atualização, dialogando com as mudanças sociais, políticas e tecnológicas que caracterizam a sociedade contemporânea. A capacidade de adaptação e renovação do Direito Constitucional é o que garantirá sua efetividade na promoção da justiça, da democracia e da proteção dos direitos fundamentais nas próximas décadas.

A pesquisa contribuiu para o debate sobre a necessidade de fortalecer a jurisdição extrajudicial e aprimorar a regulamentação do direito notarial e registral como formas

de desjudicializar o sistema jurídico brasileiro. A ampliação do acesso à justiça, a redução da morosidade processual e a garantia da segurança jurídica são objetivos que devem ser perseguidos para que o Direito Constitucional continue cumprindo seu papel de forma plena e eficaz.

Por fim, o estudo demonstrou que o Direito Constitucional, apesar dos inúmeros desafios que enfrenta, permanece um instrumento essencial na construção de uma sociedade democrática, justa e inclusiva. Ao se adaptar às demandas e transformações contemporâneas, ele reafirma seu compromisso com a promoção da cidadania e com a defesa dos direitos fundamentais. O fortalecimento e a atualização contínua do Direito Constitucional são imperativos para que ele continue sendo uma ferramenta efetiva na construção de um país mais justo e democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 517–546, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79>. Acesso em: 17 jan. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p.

13.521, 22 nov. 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0070-66.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 27182, 21 nov. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 223.075-1/DF*. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Constitucionalidade. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 23 de junho de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250300>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.106/DF*. Direito processual civil e constitucional. Sistema financeiro da habitação. Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido. Relator: Ministro Dias Toffoli, 8 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135673r>. Acesso em: 24 set. 2024.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e*

hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CHALHUB, Melhim Namem. *A alienação fiduciária de bens imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização e o devido processo legal extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, [s. l.], v. 101, p. 380-404, 2021a.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [s. l.], v. 22, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: 24 set. 2024.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. [s. l.]: Basic Books, 2009.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. [s. l.]: Princeton University Press, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio Quinaud. A função contramajoritária do Judiciário nos 30 anos da Constituição de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 19, n. 30, p. 107-119, jul./dez. 2021.

RAWLS, John. *Political liberalism*. [s. l.]: Columbia University Press, 1993.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*: Tese de referência para o PL 6204/2019 (Desjudicialização da Execução Civil de Títulos Executivos Judiciais e Extrajudiciais). 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2022.

RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. A pandemia da desinformação: covid-19 e as mídias sociais-do fascínio tecnológico à (auto) regulação. *Revista Quaestio Iuris*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 377-397, 202.

200
años



A EVOLUÇÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL AO LONGO DOS 200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

THE EVOLUTION OF THE JUDICIARY IN BRAZIL OVER 200 YEARS OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

Lailson Braga Baeta Neves¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo percorrer a evolução do Judiciário, em face do Constitucionalismo Brasileiro, que celebra 200 anos. Em face disso, buscou-se analisar o embrião do Judiciário posto ainda no período colonial e sua estreita ligação com a Coroa Portuguesa. Em seguida, analisa-se a sua estruturação a partir da Constituição de 1824. O texto prossegue analisando as mudanças do Judiciário Brasileiro ao longo das Constituições, mas sempre sob a ótica da historicidade e de seus fundamentos jurídicos e filosóficos, sem perder de vista as alterações sociais ocorridas que situaram o Judiciário em um patamar totalmente inovador a partir da vigente Constituição de 1988. Sobreleva-se a sua evolução como órgão da coroa para um Poder de Estado na tripartição de poderes, ressaltando o seu dever de assegurar a cidadania e as garantias constitucionais, diante de uma Constituição que sobreleva os direitos fundamentais, humanos e garantias processuais, assegurando a existência de um processo constitucional, assentada em uma visão inovadora do instituto da Jurisdição.

Palavras-chave: constitucionalismo; Constituição; direitos fundamentais; garantias fundamentais; Judiciário; jurisdição.

¹ Graduação em Direito pela UFMG, magistratura desde 1993, mestre e doutor em Direito pela PUC Minas, pós-doutor em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec), desembargador da 17^a Câmara Cível do TJMG, professor do mestrado da Fumec e do curso de pós-graduação da PUC Minas. E-mail: gab.lailsonneves@tjmg.jus.br.

ABSTRACT

This article aims to cover the evolution of the Judiciary in the face of Brazilian Constitutionalism, which celebrates two hundred years. In view of this, we sought to analyze the embryo of the Judiciary still in the colonial period and its close connection with the Portuguese Crown. Then, its structure is analyzed based on the Constitution of 1824. The text continues analyzing the changes that the Brazilian Judiciary has undergone throughout the Constitutions, but always from the perspective of historicity and its legal and philosophical foundations, without losing sight of the social changes that occurred that placed the Judiciary on a completely innovative level following the current Constitution of 1988. Its evolution from a crown body to a State Power in the tripartition of powers stands out, highlighting its duty to ensure citizenship and constitutional guarantees, in the face of a Constitution that elevates fundamental, human rights and procedural guarantees, ensuring the existence of a constitutional process, based on an innovative vision of the Institute of Jurisdiction.

Keywords: constitutionalism; Constitution; fundamental rights; fundamental guarantees; Judiciary; jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Judiciário brasileiro ocorre em consonância com os 200 anos do nosso constitucionalismo, cujo marco inicial é a Constituição de 1824.

Entretanto, é necessário que se faça um recuo histórico ao período colonial, para que se confira encadeamento lógico ao texto.

2 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

O direito brasileiro, em princípio, não resultou da evolução e conflitos entre os membros da comunidade brasileira.

Com o descobrimento do Brasil, os colonizadores portugueses aqui se depararam com os indígenas, população que se encontrava, em termos técnicos culturais, no período neolítico.

Os colonizadores, em face disso, não titubearam, quando concentraram interesses aqui, visto que quase não se direcionaram para as novas terras, nos primeiros anos após o descobrimento, agindo de forma repressora e impositiva e submetendo à sua cultura e leis os povos que aqui habitavam.

A primeira diretiva administrativa normativa foi a divisão do Brasil em capitanias hereditárias, ou seja, um ato cuja natureza é de direito público.

Os donatários deviam impor a lei portuguesa, ou melhor, as ordenações do reino nas capitanias. Com a instituição do governo geral, veio à centralização do poder, pondo fim ao período feudal no Brasil.

2.1 A Magistratura no Brasil colonial

Foi durante a vigência das ordenações manuelinas, que vigoraram por mais de 80 anos (1521-1603), que se iniciou a civilização em terras brasileiras, época em que prevaleceu o sistema municipalista, que fez surgir o embrião da magistratura nacional.

Os primeiros magistrados foram chamados de juízes ordinários ou juízes da terra e eram escolhidos, por eleições, para um mandato de um ano, entre os homens “bons da localidade”.

Os juízes da terra processavam e julgavam causas sob o rito sumaríssimo ou verbal, para casos cujo valor era de até 400 réis. Julgavam também, as causas de valor até 1.000 réis, mas estas eram reduzidas a termo pelo tabelião.

Por volta de 1696, foram introduzidos os juízes de fora, escolhidos por nomeação e que portavam uma vara branca, distinguindo-se dos juízes da terra, que usavam uma vara vermelha, que julgavam as causas cujos valores eram superiores a 1.000 réis.

Nas instâncias inferiores da Justiça, estavam os juízes, e, nas superiores, o ouvidor geral e os governadores. As apelações e agravos eram julgados por essas autoridades, e o agravo ordinário era apreciado pela Casa de Suplicação em Lisboa.

Posteriormente, foram criados os Tribunais da Relação, depois foi convertido o Tribunal do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação pelo Príncipe Regente D. João, por alvará, em 10 de maio de 1808, o que trouxe a plenitude judicante ao Judiciário brasileiro.

2.2 O constitucionalismo e o Brasil Reino Unido

As convulsões sociais que ocorreram na Europa no final do século XVIII e início do século XIX exigiam a elaboração de constituições por todo continente. As intenções de tais movimentos eram constitucionais, uma vez que buscaram a limitação do poder do Estado em relação ao cidadão, estabelecendo a estrutura do poder político e trazendo segurança jurídica para as relações estatais internas.

Foi durante esse período e sob esse quadro sociopolítico que a corte portuguesa, fugindo da invasão napoleônica, veio para o Brasil, em 1808.

Com a chegada à corte portuguesa, as capitanias foram convertidas em províncias de um reino. O Brasil foi elevado à categoria de reino, unido a Portugal; deixando a condição de colônia, subordinada a Portugal.

As câmaras municipais, até então única unidade política das capitanias, tinham muito poder, mas, a partir da vinda da família real e da corte portuguesa, o Brasil passou a um status político superior.

Como dito no item anterior, em face disso, o próprio Judiciário ganhou estatutura plena, que até então lhe era sonegada, mesmo antes da independência política da nação, que só viria em 1822.

Isso tudo ocorreu durante o florescer, durante a ebulição do liberalismo e constitucionalismo nascente na Europa.

2.3 O Brasil imperial

Em 1822, como é de conhecimento geral, o Brasil se tornou independente politicamente de Portugal e, em 3 de maio de 1823, foi instalada a Assembleia Constituinte. Ainda em outubro do mesmo ano, a Assembleia Constituinte promulgava a vigência das Ordenações Filipinas e das leis correlatas portuguesas para vigorar no Brasil, inclusive na administração da justiça.

2.4 A divisão de poderes de Benjamin Constant

Convém, antes de se alongar sobre a estrutura judicial no império, esclarecer sobre a divisão de poderes adotada e a sua fonte de inspiração.

Henri-Benjamin Constant de Rebeque foi um político e pensador francês de origem suíça, adepto do liberalismo, que avançou quanto ao pensamento da repartição dos poderes monárquicos em relação a Locke.

Para Benjamin, a repartição seria assim definida: Legislativo, Executivo, Judiciário e um poder neutro ou moderador outorgado ao soberano.

O poder executivo deveria ficar a cargo de um conselho de ministros. e ao rei caberia o poder de indicá-los, convocar eleições, dissolver o parlamento e fazer apontamentos judiciais.

A Constituição de 1824 se valeu do pensamento de Constant para estabelecer a estrutura política do Estado brasileiro, todavia, o imperador D. Pedro I se valeu do poder moderador, não para exercer o equilíbrio entre os outros três

poderes, mas para mantê-los sob controle, principalmente o Executivo.

No Brasil imperial, diga-se, o Executivo ficou sob controle do imperador até 1847, quando, finalmente, foi estabelecido o conselho de ministros.

Quanto ao Judiciário, em face do poder moderador, segundo Araújo (2004), o imperador podia suspender juízes (art. 101, itens 6º, 7º e 8º e art. 154 da Constituição de 1824), sob a justificativa de conter os abusos do Judiciário, bem como conceder perdão, anistia ou moderar as penas aplicadas sob o argumento da equidade em casos de urgência e sempre que o aconselhasse a humanidade e o bem do Estado.

2.5 A composição da Justiça no Brasil Imperial

Com a promulgação da Constituição de 1824, veio o reconhecimento do Judiciário como poder independente; composto do Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais de Relação nas províncias, de juízes para a aplicação da lei, de jurados para as questões fáticas e de direito e de juizados de paz eleitos em substituição aos juízes da terra.

Declarou, ainda, a perpetuidade dos juízes nos respectivos cargos, para assegurar a independência do Judiciário, mas criou a ação popular para os casos de peita e suborno de juízes.

Os processos criminais passaram a ter publicidade, enquanto, na justiça cível, era obrigatória a conciliação, sob a égide do juiz de paz, antes da propositura da ação judicial.

Era um sistema judicial unificado, embora descentralizado nas províncias, como o é até hoje nos estados membros. Vem daí o nosso federalismo unitário.

A Justiça Militar já existia no Brasil desde 1808, criada por D. João através do Alvará de 1º de abril.

Em 1828, o Supremo Tribunal de Justiça foi constituído na capital do império, formado por 16 conselheiros que eram os juízes mais antigos dos Tribunais de Relações.

2.6 O Judiciário na República

Em 1889, com a Proclamação da República, o governo provisório criou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a Justiça Federal.

Foi outorgada aos Estados membros a competência para legislar sobre a função de administrar a justiça, em consonância com o sistema federativo. Entretanto, a Constituição de 1934 retirou dos estados a competência legislativa processual, o que foi mantido em 1937.

Ainda na Constituição de 1934, instituiu-se o quinto constitucional, determinação de composição dos tribunais por 1/5 de membros da advocacia e do Ministério Público.

2.7 O período pós 1964 até 1988

A Constituição de 1967/69 não trouxe grande mudança estrutural, entretanto, os Atos Institucionais, em especial o AI5, dava poderes ao presidente da república, indicado pelo Colégio Eleitoral, para cassar parlamentares e membros do Judiciário, o que manietou o desenvolvimento desses poderes em anos que os direitos individuais e fundamentais foram mitigados.

Em 1977, após fechamento do Congresso Nacional, em razão do substitutivo apresentado pelo Senador Acioly, que atendia aos reclames de um Judiciário Democrático, foi promulgada a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), sem que fossem ouvidos os membros da sociedade civil, magistratura ou advocacia, razão de sua natureza totalitária que não encontra correspondência na atual Constituição, além de ser destituída de legitimidade construtiva, pelas razões já postas. Esses dados foram transmitidos pelo Desembargador Reinaldo Ximenes, em um programa de TV transmitido em 20 de dezembro de 2010 (Via Justiça, 2010).

2.8 O juiz pós 1988

Não há pretensão, neste subitem, de aprofundamento quanto ao juiz moderno, visto que este não é o objeto deste artigo, mas a evolução do Judiciário e da Magistratura em face da evolução constitucionalista dos 200 anos de nosso constitucionalismo.

Esses dados foram extraídos do depoimento do Desembargador Reinaldo Ximenes no programa de TV Via Justiça (2010).

Embora este texto se concentre no magistrado, sobretudo, o estadual, e a evolução constitucional do Judiciário nos 200 anos do nosso constitucionalismo, repita-se, convém dizer que a Constituição de 1988 deu ao Poder Judiciário uma independência antes inexistente, pois deixou de depender da estrutura do Executivo e da intervenção dos chefes políticos para a promoção que antes se dava por ato do governador do estado.

Diante do magistrado foram postas, além das questões comuns, causas que envolvem direitos fundamentais e individuais antes nunca vistas perante o Judiciário, próprias de um Estado Democrático de Direito.

Em face disso, é imperativo questionar, quanto à consciência deste juiz, que também é cidadão, mas que, em regra, tem uma formação extremamente positivista, se há influência no trato hermenêutico dos seus julgados, diante da atual Constituição da República.

Torna-se importante frisar que a principal reforma a se fazer, no Judiciário, é de mentalidade e consciência, por isso mesmo convém questionar quem é esse juiz e a sua forma de atuação em face da Constituição em vigor e dos direitos fundamentais por ela estabelecidos.

3 O SISTEMA DE RECRUTAMENTO NO BRASIL E A FORMAÇÃO DO MAGISTRADO BRASILEIRO

No Brasil, em face da Constituição de 1988, é o próprio Poder Judiciário o responsável pelo recrutamento e seleção dos juízes. Cada tribunal, em seu âmbito, tem competência para recrutar e selecionar magistrados em face da normativa atual e do Conselho Nacional da Magistratura.

3.1 O processo de ingresso na carreira

Os juízes de direito são recrutados e selecionados mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário, especificamente em Minas Gerais, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme dispõe o art. 93, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1990).

O concurso é realizado por uma comissão integrada por magistrados, em regra, desembargadores, e um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Os candidatos, com grau mínimo de bacharel em Direito e com exercício mínimo de três anos em uma das carreiras jurídicas, submetem-se a provas escritas e orais. Depois, são submetidos à entrevista pessoal pelos membros da banca.

Finalmente, os aprovados são submetidos a exames médicos e, finalmente, nomeados juízes substitutos.

3.2 O período na Escola Judicial

Em seguida, os nomeados passam por um período variado entre quatro a seis meses na Escola Judicial, oportunidade em que tem aulas teóricas e práticas, fazendo um período de estágio junto a juízes da capital.

Durante todo esse tempo, são acompanhados pelos professores da Escola Judicial e pelo corpo de psicólogos do

Tribunal de Justiça. Terminada essa fase, serão designados para atribuições judicantes, como substitutos, cooperadores ou nos juizados especiais.

3.3 O vitaliciamento

O juiz substituto, nos próximos três anos, é acompanhado no exercício de suas atividades pela Escola Judicial. Durante essa fase, é instaurado o processo de vitaliciamento, que culmina com a proposição de se tornar juiz vitalício ou não; ao final dos três anos de estágio probatório.

3.4 O quinto constitucional

Outra forma de acesso aos tribunais, no que se refere ao colegiado de segundo grau, é reservada aos membros do Ministério Público e advocacia, que compõem um quinto dos órgãos superiores da Magistratura, em face do que preceitua o art. 94 da Constituição da República (Brasil, 1990).

As entidades a que pertencem os candidatos constituem uma lista sêxtupla que encaminham ao tribunal em questão. Este, por sua vez, escolhe três candidatos em uma lista tríplice, e a encaminha ao chefe do Poder Executivo, que nomeará um dos três indicados.

4 O PRINCÍPIO BASILAR CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICO DA MAGISTRATURA MODERNA E SEUS PRINCÍPIOS DERIVADOS

4.1 Princípio da dignidade humana

Não se trata propriamente de um direito fundamental, todavia, é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Entretanto, sua relação com os direitos fundamentais é de tal sorte que a maioria deles é uma especificação desse princípio (direito à vida, liberdade, dentre outros).

Certo é que, como princípio basilar, é também um referencial hermenêutico constitucional, uma das principais razões de se encontrar no próprio título do trabalho.

4.2 Fundamentos do princípio fundamental

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua origem na Antiguidade, mas ganha destaque, como já mencionado aqui, a partir da visão cristã de que o ser humano, criado à semelhança de Deus, por essa razão, tem como característica a dignidade que lhe é inerente.

Esse princípio de conformação jusnaturalista se baseia, para muitos, no simples fato de o ser humano ser humano, ou seja, dotado biologicamente de razão, ou capacidade mental, o que lhe assegura o direito de ter preservada a sua dignidade. Portanto, a dignidade lhe seria inerente.

Para outros, entretanto, sem negar a posição acima, seria também resultado da construção sociocultural, o que encontra guarida na história dos grupamentos humanos e deve assegurar a pluralidade cultural.

De outra sorte, embora inerente ao ser humano, não há como olvidar que ações estatais ou privadas, coletivas ou não, podem proporcionar uma vida digna ou ofender tal princípio.

Uma política educacional trabalhista ou de saúde pode, com certeza, tornar mais digna a existência dos indivíduos a que se destinam tais iniciativas.

Por outro lado, a ausência de tais políticas, a não erradicação do analfabetismo, saneamento básico, se não podem excluir a dignidade inerente ao ser humano, causam pragmaticamente a redução das condições concretas de uma vida digna.

4.3 A dignidade da pessoa humana e sua positivação

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha origem na doutrina cristã e nas doutrinas jusnaturalistas do século XVIII, a sua positivação não se mostrou imediata.

As principais constituições europeias só tornaram a sua positivação completa depois da Segunda Guerra Mundial, e o holocausto promovido pelo regime nazista, bem como as demais atrocidades físicas e psicológicas conduzidas por aquele regime totalitário.

4.4 A positivação na Constituição brasileira de 1988

O princípio da dignidade humana foi positivado pela Constituição de 1988, sem que tivesse um antecedente legislativo constitucional anterior de forma direta, como ocorreu desta feita.

Essa positivação, acompanhando a tradição do direito luso-brasileiro, elencou-o entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, fixado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana está além dos próprios direitos fundamentais, como princípio balizador estatal, permeando os direitos contidos na Constituição, em particular, os fundamentais, dando o limite de redução de alguns direitos, inclusive os fundamentais.

Além disso, alguns direitos fundamentais, talvez a maioria, são especificações desse princípio, ou melhor, são variações positivadas do princípio da dignidade humana.

4.5 O princípio da dignidade da pessoa humana e a postulação em juízo

A violação da dignidade humana pode ser objeto de postulação em juízo, disso não resta dúvida, até porque não se admite normatização que impeça a pretensão contra violação ou ameaça de violação de direito. É justamente essa disposição

constitucional junto a outras que torna a jurisdição um direito fundamental.

Entretanto, o princípio da dignidade humana, em face da sua grandiosidade e profundidade, não pode ser conceituado ou delimitado. Em face disso, somente diante do caso concreto submetido ao Judiciário é que se pode saber quanto à ocorrência ou não da violação do princípio fundamental.

Por isso, somente uma teoria procedimental discursiva que se permite analisar com profundidade a questão posta pode permitir a construção que corresponda adequadamente a essa proposição.

4.6 O princípio fundamental e a jurisdição

Ressalte-se que existe uma relação íntima entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, inclusive os de status positivus e activus, entre eles o direito à soberania popular, de sufrágio, direitos políticos em geral, bem como o da inafastabilidade do Poder Judiciário, como entende Sarlet (2009), sem embargo de outros que possam ter importância para a dignidade da pessoa em particular.

A importância para o indivíduo da participação na vida sociopolítica da comunidade a que pertence é um corolário da dignidade humana.

A definição de Aristóteles de cidadão, posta na obra Política, livro III, 2000, em que assim se expressa: “Minha sugestão é que aquilo que distingue efetivamente o cidadão dos demais é a sua participação no judiciário e na autoridade, isto é, nos cargos públicos e na administração política e legal” (Aristóteles, 1998), nos dá a dimensão da relação estreita entre o direito a jurisdição e o princípio da dignidade humana.

Na polis, tal direito era sonhado aos escravos e estrangeiros, a quem se negava uma existência digna.

A reivindicação de participação política e judicante faz parte de um processo de inclusão que guarda uma relação com o princípio fundamental. Participar da vida política do Estado

e poder reivindicar em juízo quando se sente aviltado em seus direitos compõem o status cultural da dignidade humana.

5 O PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITO E AS GARANTIAS CONSTITUICIONAIS

O processo constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

As Constituições normalmente estabelecem os princípios básicos, inerentes ao processo constitucional.

O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.

A legitimação processual visa a atender a qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere à legitimação processual, visam a ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares.

Em todos esses momentos, surgem os questionamentos entre a relação e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorrem relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual. O processo constitucional demonstra condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte, sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da ação, da legitimação e do processo.

As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais.

Encontramos no inglês a palavra *warrant*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (*to warrant*). Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek preocuparam-se com as garantias, como procedimentos para assegurar o império da Constituição, frente às normas jurídicas secundárias.

Nas Constituições modernas, os princípios de reserva definem-se como aqueles em que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

A defesa constitucional implica o conceito genérico de proteção das disposições fundamentais, como preocupações garantistas, preventivas e preservativas. A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional.

Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema.

O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas, apontando diversos instrumentos de proteção, sendo que são relacionados, dentre outros, alguns de uso mais comum: *habeas corpus*, mandado de segurança, *writ of injunction*, *habeas data*, ação ou recurso de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade, amparo, *writ of error*, *writ of certiorari*, *writ of prohibition*, *quo warranto*, etc.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos.

A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação. O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais:

o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional): recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade.

6 JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A obra *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, do professor Doutor Ronaldo Brêtas (2022), em seu capítulo 2, item 1, "Jurisdição como direito fundamental", considera a doutrina, consensualmente, entende que os direitos humanos são aqueles inerentes à vida, liberdade, dignidade, segurança, ou a própria condição humana, sob a perspectiva espiritual, corpórea e social, são chamados os direitos humanos ou do homem.

A pesquisa aponta a França como o berço dos direitos fundamentais (1770), quando a Declaração dos Direitos do Homem (1789), que recebeu consagração normativa expressa na Alemanha quando da Constituição de Weimar (1919) e da Lei Fundamental de Bonn (1949).

Direitos fundamentais são os direitos humanos, constitucionalmente positivados, e têm espeque na Constituição.

A doutrina alemã divide-se em dois grupos:

- 1) Normas de Direito Fundamental direto e expreso na Constituição.
- 2) Normas de Direito Fundamental.

Segundo Eduardo Cambi, Letícia de A. Porto e Melina G. Fachin (2022), a derrota dos regimes totalitários sempre provocou a afirmação vigorosa dos direitos e garantias fundamentais.

6.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

a) Direitos fundamentais: consagrados nas Constituições e na ordem jurídica.

b) Direitos humanos: pretensão de universalidade e inseridos nos documentos internacionais.

Os direitos fundamentais são legitimadores de todo o ordenamento jurídico. Por isso a jurisdição está incluída no rol dos Direitos Fundamentais. Antes, porém, o inciso II, art. 5º, contém a garantia constitucional.

As garantias fundamentais são instrumentos de realização dos Direitos Fundamentais. Não adiantaria um rol extenso de direitos, sem as garantias adequadas.

Segundo Baracho,

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais. Por tudo isso e pelas condições em que o Estado pode e deve exercer a jurisdição (pelo legítimo chamamento, afirma-se, em síntese, que a jurisdição é um direito fundamental inerente às pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou privado) (Baracho, 1984, p. 35).

Considerando que se encontra entre os incisos postos no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1990).

6.2 O direito à jurisdição e o devido processo constitucional

A jurisdição, sob a ótica processual, consiste em um poder-dever do Estado Juiz e deve ser analisada na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais.

Na visão constitucionalista, trata-se de um direito fundamental as pessoas do povo exigirem o pronunciamento do Estado, sob uma pretensa violação de um direito.

Não há divergência sobre essa visão e os Direitos Humanos postos, pois não se faz diferenciação entre ambas as categorias.

Na obra *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, o autor Ronaldo Brêtas (2022), em seu capítulo 2,

item 1, "Jurisdição como direito fundamental", considera que os direitos humanos são aqueles inerentes à vida, liberdade, dignidade, segurança, ou a própria condição humana, sob a perspectiva espiritual, corpórea e social e são chamados os direitos humanos ou do homem.

E segue afirmando que os direitos fundamentais são os direitos humanos, constitucionalmente positivados e têm espeque na Constituição, ou seja, os direitos fundamentais são legitimadores de todo o ordenamento jurídico. Por isso a jurisdição está incluída no rol dos direitos fundamentais, no inciso II, art. 5º, que contém essa garantia constitucional.

Ainda afirma que as garantias fundamentais são instrumentos de realização dos direitos fundamentais, pois não adiantaria um rol extenso de direitos, sem as garantias adequadas.

Segundo Baracho:

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais (Baracho, 1984, p. 35).

Por tudo isso e pelas condições em que o Estado pode e deve exercer a jurisdição (pelo legítimo chamamento), afirme-se, em síntese, que a jurisdição é um direito fundamental inerente às pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou privado.

6.3 A evolução da jurisdição

O Poder Judiciário é o órgão estatal encarregado da prestação da jurisdição. Sob a ótica processual clássica, consiste no poder-dever do Estado de dizer o direito em face do caso concreto e de satisfazê-lo, na perspectiva dos direitos fundamentais.

Quando a função pública chama a si o monopólio da resolução dos conflitos jurídicos, surge a jurisdição. Esta não pode ser ato arbitrário de solução dos conflitos, com o julgador decidindo ao seu alvedrio e em face de seus próprios (pré) conceitos.

A evolução do Estado, do Poder Judiciário e da ciência processual vincularam a jurisdição ao processo, tornando, posteriormente, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição ou o acesso a ela um direito fundamental de segunda dimensão ou geração, de status positivus, intimamente relacionada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

6.4 A jurisdição como direito fundamental

No Estado Moderno (Democrático de Direito), a jurisdição é o direito fundamental de exigir do órgão estatal a solução do conflito e, mais ainda, de participar ativamente do provimento, contribuindo, sob uma estrutura linear e isonômica, para o seu desfecho.

Para que fique mais compreensível a relevância da jurisdição nesse contexto, convém ressaltar a diferença existente entre ela e a judicção ou judicatura.

Enquanto a jurisdição, como direito fundamental, liga-se ao conteúdo legal, a judicção ou judicatura é o ato ou conjunto de atos decisórios dos conteúdos legais.

Assim, a jurisdição reclama o conteúdo do direito e a judicção ou judicatura é a decisão proferida em face dos conteúdos legais, através de ato formal, que é com fincas na realização da primeira, que é muito mais ampla e intangível, sob uma ótica de titularidade exclusiva, a despeito do monopólio estatal para a judicção ou judicatura.

As pessoas do povo querem e têm direito, além da solução, à participação na sua construção por meio do devido processo legal, o que confere legitimidade a essa decisão.

6.5 A jurisdição e o Estado Democrático de Direito

Segundo Streck e Moraes (2008), os princípios do Estado Democrático de Direito são os seguintes: constitucionalidade; organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; justiça-social para correção das desigualdades, igualdade não só formal, mas como articulação de uma sociedade mais justa; divisão de poderes ou de funções; legalidade como medida de direito e meio de ordenação racional com regras que excluem o arbítrio e a prepotência; segurança e certeza jurídica.

A segurança e a certeza jurídica não estão vinculadas à ideia de pré-conhecimento dos provimentos judiciais, mas da segurança e certeza de que serão resultantes de uma construção legitimada e segura, em que os participantes, numa relação isonômica, concorreram para tanto.

A crítica ao pós-positivismo, no que diz respeito à incerteza ou insegurança jurídica que pode daí decorrer, fica estancada diante de uma teoria discursiva que legitime a norma na sua criação (fundamentação), tanto quanto na sua aplicação (discurso de aplicação).

A decisão se legitima através da prática hermenêutica aplicada de forma legitimada pela participação construtiva dos interessados que são os destinatários da decisão judicial.

Assim, vinculando uma ordem normativa racional, permeada pelos direitos fundamentais, em que se espera naturalmente a segurança e a certeza jurídicas, a jurisdição também, como direito fundamental, só pode garanti-las se a decisão judicial tiver sido construída a partir de uma teoria procedimental discursiva que permita a participação dos destinatários da decisão na sua elaboração.

A sonegação dessa participação é excludente ao indivíduo. Viola a cidadania e afronta o Estado Democrático de Direito, bem como o conceito de jurisdição, sob o matiz da doutrina dos direitos fundamentais e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

6.6 O contraditório e a ampla defesa

Ambos são elementos lógicos do devido processo legal na estrutura do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a sua reafirmação, na CRFB/1988, como direitos fundamentais autônomos, deve-se ao período anteriormente vigente, ou seja, o Estado de exceção no qual as liberdades fundamentais foram restringidas e durante o qual o direito ao processo, com toda certeza, não incluía a possibilidade ampla de afirmar ou discutir direitos políticos ou a liberdade ideológica.

6.7 O contraditório

No contraditório, faz-se o diálogo isonômico racional e necessário entre os interessados. Trata-se de um direito-garantia de manifestação nos autos em favor de interesses antagônicos em jogo no processo, incluindo o de não se manifestar, garantido o direito de fazê-lo ou não.

Sem esse elemento, o processo se torna inquisitorial e perde a sua função precípua de construção da verdade jurídico-processual, mediante a participação argumentativa e probatória dos interessados.

Através do contraditório, a igualdade jurídica se materializa ou se instrumentaliza no processo, ao assegurar a dignidade das partes, que têm o direito de se manifestar, ter sua manifestação considerada, ainda que não acolhida, e de serem visualizadas como partícipes da vida comunitária e estatal.

6.8 A ampla defesa

Esse direito, ou garantia constitucional, dentre os três (devido processo legal, contraditório e ampla defesa), é o direito fundamental-fim.

Partindo do pressuposto de que ampla defesa não quer dizer somente amplitude de meios de defesa quando questionado em juízo, mas a defesa de qualquer interesse

jurídico levado à esfera judicial ou administrativa, esteja o indivíduo figurando como postulante ou como réu.

O jurisdicionado deve ter a segurança jurídica de que a amplitude se encontre na disponibilidade de meios necessários para que seja dada a resposta jurisdicional ou administrativa legítima.

Assim, a ampla defesa não é só amplitude de meios e prazos necessários para deduzir uma resposta adequada, o que, sem dúvida, é um de seus aspectos, mas inclui o direito de estar em juízo munido de todo o aparato necessário para defender suas posições.

Talvez pela contraposição de ideias, seja mais fácil esclarecer esse ponto: ampla defesa não se opõe a um direito de acusação, porém é o oposto e a negação da supressão de livre manifestação ou sustentação de qualquer posição juridicamente dedutível.

Não se quer, com isso, dizer que a pessoa tenha infinitas oportunidades, quer seja temporal, quer seja de meios para deduzir suas pretensões e argumentos.

Pretende-se, na verdade, dizer que as oportunidades devem tornar eficientes e eficazes as exposições e defesas dos direitos que os interessados entendem violados.

Naturalmente, o processo possui regras de tempo, oportunidade e meios para que as partes deduzam suas pretensões, não se admitindo que, a pretexto de se realizar uma defesa ampla, se implante a absoluta desordem processual.

O procedimento escolhido deve sempre ser adequado à participação necessária, racional e isonômica dos interlocutores, sob pena de grave ofensa ou supressão de um direito fundamental.

7 CONCLUSÃO

A estrutura do Judiciário brasileiro remonta ao período colonial, todavia, ganha contornos novos quando da elevação do Brasil a Reino Unido.

Entretanto, a estrutura da tríplice divisão dos poderes surge em 1824, quando se conferiu ao Imperador o poder moderador, inexistente na República.

Em face de sua natureza de função de estado que cumpre o papel de um dos poderes estatais em face da divisão idealizada por Montesquieu, suas atribuições vieram postas ao longo das constituições que se sucederam.

Com o advento da Constituição de 1988, chamada “Constituição Cidadã”, ampliaram-se as funções do Judiciário, que se tornou também um garantidor da cidadania, dos direitos e garantias fundamentais, assim como dos direitos humanos cujos tratados foram ratificados pela Constituição.

Hodiernamente, o Judiciário é uma das funções do Estado que mais se desenvolveu nos 200 anos de constitucionalismo brasileiro, deixando de ser um órgão da coroa portuguesa, para se tornar um defensor da Constituição e dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *O conceito e validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEXY, Robert. *O constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. e imp. São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. [S. l.]: Editora Vega, 1998. Livro III. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%ADtica%20%28VEGA%29.pdf. Acesso em: 30 set. 2024.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional: cadernos de direito constitucional e ciência política. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 136-200, 2008.

BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 5. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de A.; FACHIN, Melina G. *Constituição e Direitos Humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275840/>. Acesso em: 30 set. 2024.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria do geral do processo*: Primeiros Estudos. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís B. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MANDIM, Ana Vitória. *Código de Processo Civil anotado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos da história do Direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VIA JUSTIÇA. *Pesquisa de percepção - 1º Bloco*. Entrevistador: Manoel Marcos Guimarães. Entrevistados: Desembargador Reynaldo Ximenes e Muriti Maranhão. Belo Horizonte: Associação dos Magistrados Mineiros, 20 dez. 2010. Vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LJb6mv-zgS3E>. Acesso em: 9 set. 2024.

200
años



A CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL DO PODER JUDICIÁRIO À GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA

THE SPECIAL CONTRIBUTION OF THE JUDICIARY TO DEMOCRATIC GOVERNANCE

**Leonardo Nemer Caldeira Brant¹
Rafael Dilly Patrus²**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo elucidar os elementos que constituem o papel do Poder Judiciário na democracia. Compreendendo a separação dos poderes como um princípio voltado à preservação da integridade da contribuição especial que cada instituição oferece à governança democrática, o texto enfatiza a necessidade de uma articulação entre a legislação, a administração e a jurisdição para a realização dos objetivos da Constituição. A partir disso, a reflexão desenvolve a tese de que o Poder Judiciário oferece uma contribuição específica, valiosa e insubstituível para o Estado de Direito e a democracia: a produção de decisões por um agente independente e imparcial, fundamentadas no direito e na razão, construídas, processualmente, com a participação e a influência das partes, a partir da busca sincera pela única resposta correta para cada problema. Mais do que simplesmente um acréscimo voltado a enriquecer o debate social, essa contribuição representa a própria razão de existir do sistema de justiça.

¹ Juiz da Corte Internacional de Justiça, professor titular de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, fundador do Centro de Estudos em Direito Internacional e do Centro de Estudos em Direito e Negócios, doutor em Direito pela Université Paris X Nanterre. *E-mail*: l.brant@icj-cij.org.

² Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais e do Centro de Estudos em Direito e Negócios, doutor em Direito, mestre em História e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, consultor legislativo na Assembleia Legislativa de Minas Gerais. *E-mail*: rafael@dillypatrus.com.br.

Palavras-chave: Poder Judiciário; separação dos poderes; governança democrática; imparcialidade judicial; devido processo legal.

ABSTRACT

This article aims to elucidate the elements that constitute the role of the Judiciary in democracy. Understanding the separation of powers as a principle aimed at preserving the integrity of the special contribution each institution offers to democratic governance, the text emphasizes the need for coordination between legislation, administration, and jurisdiction to achieve the purposes of a democratic Constitution. From this perspective, the reflection advances the thesis that the Judiciary provides a specific, valuable, and irreplaceable contribution to the rule of law and democracy: the issuance of decisions by an independent and impartial agent, grounded in law and reason, procedurally constructed with the participation and influence of the parties of a conflict, based on a sincere search for the single correct answer to each issue. More than merely an addition to enrich social debate, this contribution represents the very reason for the judicial system's existence.

Keywords: Judiciary; separation of powers; democratic governance; judicial impartiality; due process of law.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é uma instituição peculiar no Estado de Direito, pois, embora sua função precípua seja solucionar os conflitos sociais interpretando e aplicando o direito, o qual emana da soberania popular, diferentemente dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os juízes e tribunais não se submetem ao escrutínio público direto e periódico. A autoridade que eles exercem não decorre, portanto, da opinião

pública momentânea, nem, tampouco, das maiorias políticas sazonais, e isso é assim porque, no marco de uma governança democrática, existe um valor na existência de um fórum independente – cuja autoridade primária não decorra nem da opinião pública nem das maiorias políticas – encarregado de fazer a salvaguarda da Constituição e das leis.

O presente artigo tem como objetivo esclarecer os aspectos que definem o papel do Poder Judiciário na democracia. Considerando a separação dos poderes como um princípio baseado no propósito de garantir a integridade da contribuição única que cada instituição oferece a uma governança democrática processualmente articulada, o texto destaca a importância de haver um alinhamento, uma coordenação e uma interação racional entre a legislação, a administração e a jurisdição em prol da realização dos objetivos constitucionais. Nesse contexto, a reflexão defende a tese de que o Poder Judiciário desempenha uma função específica, fundamental e insubstituível para o Estado de Direito e para a democracia: a construção de decisões capitaneadas por um agente imparcial e independente, baseadas no direito e na razão, elaboradas com a participação e a influência das partes envolvidas no conflito sob apreciação, por meio de uma busca genuína pela solução correta para cada caso.

Para além de operar em favor de um alargamento e de um enriquecimento dos diálogos interinstitucionais e do debate social, essa contribuição que o Judiciário fornece à democracia é a própria razão de existir do sistema de justiça.

2 O SIGNIFICADO DA SEPARAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PODERES³

No artigo “Federalista nº 47”, James Madison escreve que o objetivo básico da separação dos poderes é impedir a tirania (Madison; Hamilton; Jay, 2014). Em sua formulação tradicional

³ O desenvolvimento deste artigo, composto pelos tópicos 2 e 3, reproduz excertos da tese de Doutorado do coautor Rafael Dilly Patrus, defendida em 2023 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

– creditada, tal qual reconheceram os “pais fundadores” norte-americanos, às elaborações teóricas do Barão de Montesquieu nos anos 1740 (Madison; Hamilton; Jay, 2014) –, a separação dos poderes indica a necessidade de o poder do Estado estar dividido em três instituições independentes: uma responsável por produzir leis, uma por administrar a máquina pública, e uma por julgar os conflitos sociais. Para Montesquieu, separar o poder do Estado, repartindo-o em três núcleos distintos e autônomos, visa garantir a liberdade, impedindo a produção de leis tirânicas e a execução de ações políticas despóticas e cruéis. Embora a ideia de que as funções estatais devem estar separadas remonta a escritos muito antigos – tendo sido mencionada, por exemplo, em textos de Aristóteles –, a teoria de Montesquieu é, no pensamento político moderno, a elaboração mais influente e impactante do conceito. A ela se deve acrescentar uma segunda ideia, que Madison desenvolve a partir da noção inicial de que o poder do Estado precisa estar dividido, que é o princípio dos freios e contrapesos sistêmicos. Segundo ele defende no artigo Federalista nº 51,

a medida mais segura contra a concentração gradual de muito poder em uma única instituição do Estado está em conferir àqueles que administram cada poder os meios constitucionais e os motivos pessoais necessários para resistir à dominação dos outros (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 150, tradução nossa).⁴

Esse pensamento vai além da concepção elementar da divisão dos poderes, mas Madison atribui sua formulação, igualmente, ao gênio político de Montesquieu.

A fundamentação de Montesquieu, entretanto, é pouco clara quanto ao significado verdadeiro da separação dos poderes. Seu argumento principal parece ser que, quando o poder não está dividido, a liberdade dos cidadãos é ameaçada,

⁴ No original: “But the great security against a gradual concentration of several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachment of the others” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 150).

mas, ao discorrer sobre ele, Montesquieu praticamente se limita a tautologias: “Quando o poder legislativo está unido ao poder executivo em uma única pessoa ou órgão, desaparece a liberdade” (Montesquieu, 2002, livro XI, c. 6, tradução nossa) ou “tampouco há liberdade quando o poder de julgar não está separado do poder legislativo ou do poder executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, a decisão sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrária, porque o juiz agirá como legislador” (Montesquieu, 2002, livro XI, c. 6, tradução nossa); ou “se o poder executivo for outorgado a um grupo de pessoas oriundas do poder legislativo, não haverá mais liberdade, pois os dois poderes estarão unidos, e as mesmas pessoas pertencerão a ambos” (Montesquieu, 2002, livro XI, c. 6, tradução nossa). Do século XVIII ao século XXI, a separação dos poderes, seja na prática ou na teoria, guardou praticamente o mesmo significado – vago, confuso e tautológico, e sempre à luz da explicação insuficiente de Montesquieu (Waldron, 2013, 2016).

Jeremy Waldron propõe revisitar o conceito. No artigo com o título *Separation of powers and the rule of law*, o autor se faz o seguinte questionamento: o princípio da separação dos poderes tem algum sentido para além das ideias clássicas da divisão (ou descentralização) de poderes (*dispersal of power*) e dos freios e contrapesos institucionais (*checks and balances*)? A resposta passa por duas afirmações. Waldron primeiro distingue a integridade de cada instituição da democracia – a dignidade da legislação, a independência da jurisdição e a autoridade da administração executiva –, clarificando os papéis específicos que cada uma desempenha nas atividades do Estado. Em seguida, defende o valor de uma governança articulada entre as instituições, em oposição a uma governança amorfa, estanque e indiferenciada, sustentando que o poder é “melhor exercido, ou exercido com maior respeito aos jurisdicionados, quando se dá segundo uma sequência ordenada” de ações estatais (Waldron, 2016, p. 46).

A separação dos poderes nasceu da necessidade de dispersar o poder. Nos séculos XVII e XVIII, o problema a ser

combatido era a concentração de competências, prerrogativas e privilégios nas mãos de uma única pessoa, oligarquia ou instituição. Em oposição à tirania do Antigo Regime, as revoluções ditas “liberais” se orientaram por um princípio de descentralização política: a premissa de que, em repartindo seu poder em três núcleos autônomos, o Estado moderno lograria promover o governo de todos e o bem comum. É o que Madison afirma no “Federalista nº 47”: “A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um, alguns ou muitos, por sucessão hereditária, autoproclamação ou sufrágio, é justamente a definição de tirania” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 139, tradução nossa).⁵ Sua elaboração aponta para um princípio específico, que Waldron sustenta não se confundir com a separação dos poderes propriamente dita. Embora reconheça, ecoando o alerta de M.J.C. Vile, que a separação dos poderes é um conceito mergulhado em confusões, Waldron enxerga uma enorme importância no reconhecimento da separação como uma norma que, ao mesmo tempo, engloba e supera outras diretrizes básicas de organização política (Vile, 1998, apud Waldron, 2016).

A dispersão do poder (ou divisão dos poderes) é um objetivo fundamental do direito moderno. Podemos lê-lo segundo propósitos tão variados quanto os de distribuir o poder e, assim, viabilizar o governo popular; reduzir o domínio de governantes, neutralizando seu orgulho e amenizando suas ambições; estimular a humildade e a responsividade dos agentes políticos; criar um espaço de competição política; evitar o extremismo ideológico e a perseguição a minorias; estabelecer centros múltiplos de influência e decisão, facilitando o acesso dos cidadãos ao processo de definição das escolhas coletivas; e honrar, simbolicamente, os ideais de liberdade e emancipação que edificam a república moderna (Pildes; Levinson, 2006).

⁵ No original: “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 139).

Dividir o poder, no entanto, não implica necessariamente separá-lo por funções. Outras diretrizes organizacionais, como o federalismo, o bicameralismo e a burocracia administrativa, cumprem igualmente – e, às vezes, de modo até mais eficiente – a finalidade de dispersar o poderio e o mando do Estado. Apesar de andar lado a lado com a ideia da dispersão, a separação dos poderes diz algo diferente. E diz, também, algo mais (Waldron, 2016).

Outro princípio pensado para promover a divisão do poder é, como dissemos, a ideia dos freios e contrapesos institucionais. A lógica é que as instituições às quais são destinadas as quotas-partes do poder do Estado possam se fiscalizar e controlar mutuamente. A existência de outros núcleos igualmente poderosos na estrutura do Estado impediria que um único poder, sob a supervisão vigilante de seus pares, usurpasse prerrogativas e atribuições. Em última análise, buscando superar a mera divisão dos poderes, o arranjo frearia a tirania (Madison; Hamilton; Jay, 2014). Nas palavras de Madison, “a ambição deve existir para frear a ambição” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 150, tradução nossa).⁶ Também aqui, como na primeira ideia, a separação dos poderes é posta em questão, mas, tal qual se disse sobre o princípio da dispersão do poder, o postulado dos freios e contrapesos tem um escopo, ao mesmo tempo, distinto e aquém do da separação propriamente dita. O escopo é distinto, em primeiro lugar, porque o objetivo de conter e contrabalançar o despotismo dos poderes do Estado não é alcançado apenas por meio da fiscalização e do controle que as instituições realizam umas com relação às outras. A existência de uma estrutura burocrática impessoal e a exigência de as decisões serem tomadas processualmente, com fundamentação e publicidade, são ferramentas similarmente efetivas para frear a tirania. Mas o escopo do princípio é também aquém, porque, mesmo se entendermos que a separação pressupõe uma rede de vigilância e fiscalização recíprocas entre os poderes, precisa-se assumir, novamente, que há algo mais.

⁶ No original: “Ambition must be made to counteract ambition” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 150).

Esse algo mais se encontra, segundo Waldron, na perspectiva de uma governança democrática articulada. Inicialmente, é preciso esclarecer quais são as principais funções do Estado: produzir leis, julgar conflitos com base nas leis e administrar a máquina pública, realizando políticas com base, outrossim, nas leis. Esse esclarecimento indica duas coisas. Primeiro, que o desempenho das atividades estatais não é tarefa simples. E, segundo, que cada função estatal é relevante por si mesma, pois designa uma etapa distinta e indispensável do processo de formação e justificação das escolhas coletivas (Waldron, 2016).

Dizer que o poder deve ser exercido separadamente não se restringe a afirmar que, para impedir a concentração da autoridade em um único agente ou órgão, as instituições que encabeçam o desempenho das principais funções do Estado precisam estar divididas, ter autonomia uma com relação à outra (divisão dos poderes) ou desempenhar prerrogativas com capacidade de conter/impedir o desmando alheio (freios e contrapesos). A separação dos poderes não busca exatamente dispersar o poder, mas ordená-lo (Waldron, 2011, 2016).

Lembre-se a história de *O Processo*, romance de Franz Kafka. Josef K. é um bancário que, ao completar trinta anos, é detido e submetido a um processo nebuloso e claustrofóbico. K. desconhece a acusação que pesa contra si, acusação que em momento algum é esclarecida. Lutando contra o desenrolar de um procedimento tão grotesco quanto implacável, resta-lhe recorrer apenas a elucidações parciais ou falaciosas de personagens que o conhecem ou que vivem situações similares, embora não idênticas. O processo segue um rumo tenaz, ininterrupto; os motivos da perseguição nunca são esclarecidos, a lei jamais é citada ou explicada, e os juízes permanecem anônimos do início ao fim. Quando K. afirma ser inocente, um agente do Estado lhe pergunta “inocente de quê?”, como se, em um processo sem acusação, a alegação de inocência implicasse uma confissão de culpa. Após um ano de detenção, K. é enfim executado nos portões de sua cidade (Kafka, 2005).

O que mais causa perplexidade na história de Josef K. é o fato de o poder do Estado não estar ordenado. Incomoda que o personagem seja submetido a um rito sem embasamento, sem regras previamente conhecidas, incomoda muito que não lhe sejam esclarecidas as razões de sua detenção e do processo movido contra ele. Sem esse esclarecimento, sem a indicação do direito aplicável à sua situação, K. se vê impossibilitado de mobilizar uma resistência fundada na razão. No fim, é-lhe aplicada a pena capital, mas a intervenção estatal, embora gravosa e definitiva, segue permeada por indefinições. O leitor se compadece da desgraça de K., não porque tem certeza de que ele seja inocente, mas por entender que, mesmo que ele houvesse cometido algum ato contrário ao direito, seria necessário, para submetê-lo a um processo e executar contra ele alguma punição, observar um encadeamento de atos que, dando-lhe sucessivas e diferentes oportunidades de expor seus argumentos e influenciar as decisões construídas, legitimasse a ingerência praticada contra sua esfera de direitos.

Nesse encadeamento, importa menos que as instituições do Estado dividam entre si o poder e se fiscalizem mutuamente. Na verdade,

o que importa é que a ação estatal seja articulada, e que as fases dessa articulação correspondam a exigências do Estado de Direito, tais como os princípios de clareza, promulgação, integridade de expectativas, devido processo, e assim em diante. Cada um desses elementos encarna uma preocupação sobre liberdade, dignidade e respeito (Waldron, 2016, p. 64, tradução nossa).⁷

A concepção de Estado de Direito, da mesma forma, não se pode restringir à proposição de que o poder seja exercido com previsibilidade, de acordo com um conjunto de normas

⁷ No original: "What matters is that the governmental action has become articulated and many of the stages in that articulation correspond to rule-of-law requirements, such as the principle of clarity, promulgation, the integrity of expectations, due process, and so on. Each of those elements embodies the concerns about liberty, dignity, and respect that the rule of law represents" (Waldron, 2016, p. 64).

previamente estabelecidas. Para fazer algum sentido além da ideia de segurança jurídica, o Estado de Direito deve abarcar também a perspectiva de um modelo institucional arrimado no devido processo constitucional, aberto à argumentação racional e à responsividade política e comprometido com a integridade de um debate público e plural de razões (Waldron, 2008, 2011). O Estado de Direito exige, acima de tudo, que a vida em comunidade seja organizada segundo um processo que atenda à articulação institucional da separação dos poderes. A separação dos poderes, por sua vez, impõe que se protejam tanto a integridade específica existente no exercício de cada instituição do Estado quanto a governança democrática articulada entre tais instituições. Não basta, portanto, que se concebam as instituições como núcleos amorfos e indiferentes. Cada poder tem um papel especial a desempenhar na realização da democracia. Há um valor específico no desempenho separado desses papéis, e há um valor, também específico, na articulação entre as contribuições de cada instituição para a definição da sequência deliberativa de formação da vontade coletiva (Waldron, 2012).

Não é suficiente que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário concorram para a construção de atos que digam respeito à esfera jurídica dos indivíduos. Sob a separação dos poderes, cada uma das atividades exercidas pelos poderes tem uma integridade própria, que precisa ser valorizada e preservada. Assim, para que se construam legitimamente atos que atinjam a esfera jurídica dos sujeitos, seja em seu benefício, ou em seu prejuízo, o Legislativo deve legislar, capitaneando o processo de formação e justificação das escolhas da coletividade; o Executivo deve executar essas escolhas, convertendo-as em políticas de melhoria da vida da comunidade; e o Judiciário deve julgar as disputas e controvérsias que eventualmente surgirem, interpretando e aplicando as escolhas coletivas à luz dos princípios que inspiram as práticas sociais e institucionais (Waldron, 2016).

O Estado é um instrumento de realização dos objetivos da sociedade. O Estado não é um dado pronto, uma estrutura orgânica que, não obstante sua performance, a coletividade precisa aceitar. O Estado é, na verdade, um dado necessário, na medida em que possibilita a articulação do convívio social. Pensar o Estado a partir de sua necessidade, e não de sua plenitude, permite que se pergunte por que motivo, em que medida e até que ponto as instituições e os procedimentos estatais precisam existir. Quanto à separação dos poderes em geral, e ao Poder Judiciário em particular, esse raciocínio possibilita superar a lógica de que, em um Estado que existe por existir, o poder esteja disperso entre núcleos determinados, núcleos que se fiscalizam mutuamente, independentemente da função desempenhada por cada um deles e do resultado obtido por todos em conjunto. Para a sociedade, o que, de fato, importa é que as funções do Estado, exercidas cada uma por um núcleo independente e especializado, estejam articuladas de modo a promover os objetivos da democracia: garantir e fortalecer os direitos fundamentais e realizar o debate público.

No Estado de Direito, a jurisdição oferece uma contribuição específica, valiosa e insubstituível para a governança democrática: a produção de decisões por um agente independente e imparcial, fundamentadas no direito e na razão, construídas no processo, com a participação e a influência das partes, a partir da busca sincera pela única resposta correta para cada problema. Mais do que simplesmente um acréscimo voltado a enriquecer o debate social, essa contribuição representa a própria razão de existir do Poder Judiciário.

3 A CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO À GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA

A contribuição específica que o Judiciário oferece à governança democrática é a construção de decisões por um agente independente e imparcial, segundo um procedimento em contraditório, a partir de uma interpretação do direito que

traduza a única resposta correta para o problema concreto analisado. Ou seja, para cumprir seu papel constitucional, colaborando com a governança democrática, o juiz deve assumir uma posição de abertura, franqueza e colaboração cognitivas, respeitando a institucionalidade democrático-constitucional e a atividade deliberativo-processual, garantindo às partes os meios necessários à efetiva participação na formulação do provimento estatal e mantendo-se, tanto quanto possível, distante de opiniões públicas efêmeras e preferências políticas sazonais. A decisão judicial deve traduzir o debate no processo, com a participação e a influência das partes e, ao mesmo tempo, enunciar uma interpretação do direito que, desenvolvida segundo uma argumentação racional, expresse uma busca sincera pela única resposta correta – uma resposta que, vocalizada pelo juiz a partir de uma interlocução ativa e verdadeira com as partes, resgate e reavive a história do direito positivo, relendo-a à sua melhor luz. O ambiente deliberativo baseado no princípio da igualdade, o compartilhamento com as partes da responsabilidade por decidir, a atitude de respeito e lisura do agente do Estado encarregado de dizer a decisão, e a vinculação à gramática do direito e a uma argumentação exclusivamente baseada em princípios: esse diferencial é precisamente o porquê da existência do Poder Judiciário (Dworkin, 1985).

Em resumo, o funcionamento democraticamente adequado da justiça exige que sejam observadas três diretrizes principais: o juiz deve ser independente e imparcial; ele precisa propiciar a influência das partes na construção do provimento e, ao fim do debate, proferir uma decisão que traduza a atividade processual e, assim, não seja uma surpresa para ninguém, e sua decisão deve estar fundamentada no direito e lastreada em argumentos de princípio.

3.1 O juiz deve ser independente e imparcial

Paul Ricoeur escreve, em menção aos papéis do juiz e do historiador, que a posição do terceiro, de alguém que observa e examina “de fora para dentro” os lugares ocupados no ambiente público pelos protagonistas da ação social, é acompanhada, no mundo moderno, por um desejo de imparcialidade (Ricoeur, 2003).

A imparcialidade é tanto um ponto de vista sobre o mundo quanto um compromisso com a democracia. Embora cada um enxergue a realidade que o rodeia segundo um prisma próprio, pode-se, por força da razão, afastar-se de posições particulares, abstraindo-se de sua individualidade, sem que, com isso, deixe de ser a pessoa que é. Esse ponto de vista impessoal – que é uma espécie (apenas aparente) de não ponto de vista – é epistêmico e moral. Epistêmico, porque, distanciando-se de um modo individual de enxergar as coisas, o prisma da impessoalidade busca conhecer um novo saber, uma nova maneira de ver o mundo e as pessoas. E moral, porque, tentando se afastar das amarras e dos preconceitos que condicionam e conduzem à pessoalidade, o ponto de vista impessoal supõe uma igualdade de reconhecimento, assumindo que todos os pontos de vista são igualmente valiosos (Nagel, 1991). Nesse sentido, ser imparcial é uma postura de virtude política, uma postura que, tal qual a descrevemos, tem grandes implicações para a política democrática, pois seu principal intuito é reforçar que a todas as pessoas deve ser dada a mesma chance de participar do debate público e convencer a coletividade pela força do argumento (Habermas, 1992; Dworkin, 2006, 2011).

É evidente que o ponto de vista imparcial não fica restrito nem ao juiz nem ao historiador. Com relação ao historiador, o prisma impessoal sinaliza um dever de honestidade intelectual no tratamento dos arquivos e na busca pela verdade (Ricoeur, 2003). No caso do juiz, a impessoalidade – que se traduz em imparcialidade, na medida em que implica a assunção de um posicionamento não parcial – constitui uma exigência

para a construção isonômica de uma norma-decisão legitimamente vinculante. No entanto, o valor epistêmico e moral da impessoalidade é desejado e perseguido também pelo cidadão, sempre que a assunção de uma posição externa ao protagonismo social, em um contexto similar ao do contrato social de Jean-Jacques Rousseau (2006) ou do “véu de ignorância” de John Rawls (1999), mostra-se necessária para que se compreenda e avalie uma ocorrência concreta.

O historiador não é juiz, pois sua representação dos fatos não visa (ou, pelo menos, não deve visar) a um reconhecimento conforme o direito, nem, tampouco, a uma restauração justa dos lugares ocupados pelos atores sociais. O historiador não julga, sua leitura não é nem pode ser definitiva. Ao historiador não cabe avaliar o acerto ou o desacerto das decisões tomadas pelas gerações passadas, seja essa avaliação moral, política ou jurídica. Para se colocar como julgador, arvorando-se em tribunal da história, o historiador precisa, antes, reconhecer o “custo da precariedade de um julgamento cuja parcialidade, de viés até militante” (Ricoeur, 2003, p. 421, tradução nossa), pode facilmente comprometer sua análise do passado. Porém, seu olhar sobre os acontecimentos não pode ser neutro, e, assim, algum juízo – inevitável – será por ele lançado sobre a história. Esse juízo acontece, por exemplo, quando o historiador escolhe estudar um tema-problema, e não outros, ou quando ele seleciona, nesse estudo, aprofundar-se em determinadas tramas historiográficas em detrimento de alternativas (em tese) aplicáveis. “Em tal caso, entretanto”, lembra Ricoeur, “seu juízo audacioso é submetido à crítica da corporação historiadora e do público esclarecido, e sua obra, oferecida a um processo interminável de revisões” (2003, p. 421, tradução nossa).⁸

⁸ Excerto retirado do seguinte trecho no original: “Tout cela, l'historien ne le fait pas, ne peut pas, ne veut pas le faire; s'il le tente, au risque de s'ériger tout seul en tribunal de l'histoire, c'est au prix de l'aveu de la précarité d'un jugement dont il reconnaît la partialité, voire la militance. Mais alors son audacieux jugement est proposé à la critique de la corporation historique et à celle du public éclairé, son œuvre offerte à un processus illimité de révisions qui fait de l'écriture de l'histoire une perpétuelle réécriture” (Ricoeur, 2003, p. 421).

A abertura da narrativa à reescrita é, em última instância, o que diferencia a análise histórica provisória do julgamento judicial definitivo. Isso não significa que o juiz possua as “chaves da verdade”. Pelo contrário, como seu entendimento sobre determinada ação social aspira à definitividade, do juiz é exigida, tanto antes quanto depois de proferida a sentença, uma atitude ainda mais enfática de humildade intelectual.

O erro do historiador se subordina a um círculo corretivo ilimitado, e a historiografia é, por natureza, um empreendimento coletivo, uma edificação de muitas mãos que se põe sujeita a constantes e acirradas reformas. O erro do juiz, por outro lado, permanece. Precisa ser assim, pois a palavra da justiça, que almeja a constituição da coisa julgada, não busca apenas resgatar a verdade de uma situação concreta, mas principalmente, e nisso reside a singularidade do poder judicial, reparar os prejuízos indevidos e restabelecer a igualdade rompida. O juiz precisa julgar: o não julgamento – ou, com a mesma repercussão, o julgamento não concluído – é um problema tão grave quanto o da sentença errada ou injusta. O círculo da verdade judicial, que o juiz fecha ao prolatar sua decisão, é depois reaberto pelo historiador, mas não para julgar o caso novamente. Nesse novo círculo, o pronunciamento do juiz é submetido à incansável e infindável revisão historiográfica, porém o veredito continua, em regra, inalterado (Ricoeur, 2003).

Para realizar seu ofício de modo adequado, o juiz precisa gozar de independência. Ser o juiz independente é uma condição necessária à realização da justiça, condição que se origina da autonomia do direito face à política. No Estado de Direito, é preciso existir um espaço próprio, destacado e independente de afirmação do direito, e essa função é cumprida pelo Poder Judiciário. A independência é um requisito indispensável para que o sistema de justiça funcione adequadamente, sem interferências indevidas por parte das instituições políticas ou das elites sociais, isto é, para que o Judiciário possa efetivamente oferecer sua contribuição específica à governança democrática. Mas o juiz, além de independente, deve ser também

imparcial. Independência e imparcialidade são ideias distintas, mas que estão intimamente ligadas, já que uma é condição de possibilidade da outra (Kaufman, 1980). Segundo pontuam alguns autores, é fundamental que a diferença entre os dois conceitos esteja clara, porque, em sua essência, eles indicam caminhos opostos: a independência quer garantir autonomia, no sentido de assegurar ao juiz que atue sem ingerências externas, ao passo que a imparcialidade impõe uma limitação ao agir judicial, já que implica um dever de equidistância formal e material do juiz com relação às partes do conflito e aos argumentos que compõem a controvérsia debatida (Picardi, 2010; Reichelt, 2014).⁹ Além disso, existem outros atores processuais que gozam da mesma independência, mas que não precisam observar o mesmo parâmetro de imparcialidade, a exemplo do Ministério Público (Reichelt, 2014). Sem dúvida, independência e imparcialidade são noções distintas, que não podem ser confundidas. Não se nega, ademais, que exista entre elas uma tensão, já que, em sendo lidas de modo isolado, elas podem sinalizar perspectivas essencialmente antagônicas, uma no sentido de mais liberdade, e a outra de menos. Mas é igualmente imprescindível perceber que essas ideias, embora aparentemente adversas, se conciliam no marco de um processo democrático. Ou seja, conforme uma leitura democraticamente adequada do sistema processual, a independência e a imparcialidade são princípios interdependentes. O juiz, para ser imparcial, precisa ser independente – e, assim, titularizar um conjunto específico de garantias funcionais. Contudo, a jurisdição só será efetivamente independente se os juízes a gerenciarem com imparcialidade. Por isso mesmo, sobre eles deve incidir um plexo de vedações e obrigações especiais.

No direito brasileiro, as garantias do Poder Judiciário estão divididas, segundo classificação tradicional, em

⁹ Discorda-se, no entanto, da ponderação de Luís Alberto Reichelt (2014) de que a independência se refere ao órgão judicial, e a imparcialidade à pessoa do juiz, porque se entende que ambas as ideias têm uma dimensão tanto pessoal quanto institucional, ou seja, o juiz deve ser ao mesmo tempo independente e imparcial, e o Poder Judiciário precisa preservar sua independência e, concomitantemente, demonstrar sua imparcialidade.

institucionais e funcionais. As garantias institucionais são a autonomia administrativa, a autonomia financeira e a autonomia funcional da jurisdição. O art. 96 da Constituição de 1988 estabelece, por exemplo, que compete privativamente aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e seus serviços auxiliares, prover os cargos de juiz de carreira e os demais necessários à administração da Justiça (Brasil, 1988). As garantias funcionais, por sua vez, estão subdivididas em garantias de independência e garantias de imparcialidade. As de independência se revelam como prerrogativas funcionais, dentre elas as garantias, previstas no art. 95 da Constituição, de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. As de imparcialidade, por sua vez, respeitam a limitações impostas aos juízes em razão do exercício da função (Silva, 2020). O mais importante, tal qual se afirma, é ficar claro que, apesar de a independência e a imparcialidade corresponderem a grandezas diferentes que, de certa maneira, estão em constante tensão, uma é condição de possibilidade da outra. A Constituição brasileira caminha justamente nesse sentido.

Como dito anteriormente, a imparcialidade é uma exigência normativa que se traduz em virtude de postura: diz respeito ao modo como a autoridade judicial se comporta perante a administração do sistema de justiça. O juiz imparcial é um pressuposto de validade do processo, porém a exigência não se restringe ao ambiente endoprocessual. A imparcialidade expressa um critério de legitimação do Poder Judiciário como instância autônoma de tomada de decisões. Posto nesses termos, o princípio tem três dimensões fundamentais: uma processual, relativa à equidistância assumida pelo julgador na administração da lide submetida à sua apreciação; uma política, que diz respeito à maneira como o magistrado se apresenta na esfera pública, vocalizando um poder republicano cujo propósito constitucional é implementar o Estado de Direito na solução dos conflitos sociais; e uma ética, atinente à obrigação moral que o juiz tem de desempenhar adequadamente – impessoalmente

– a função que se comprometeu a exercer (Geyh, 2014). As dimensões processual e política estão ligadas a duas facetas do papel exercido pelo juiz: as do julgador e do magistrado, respectivamente. O julgador é um agente-figura que se constrói e se desconstrói no âmbito processual, emergindo discursivamente do exercício dialético do contraditório e desaparecendo depois que prolata sua decisão. Já o magistrado é um agente-ator que age e interage politicamente na arena deliberativa, já que integra e representa o Poder Judiciário, instituição estatal responsável por julgar e autorizar a coerção em uma comunidade de pessoas livres e iguais (Baur, 1952, 1957). A dimensão ética, por sua vez, edifica a função judicante, e é dela que derivam os compromissos originários que possibilitam conceber obrigações especiais impostas ao juiz pelo papel social que ele ocupa.

O juiz, portanto, deve ser independente e imparcial, adotando “uma posição institucional que é, ao mesmo tempo, externa aos sujeitos da causa e ao sistema político e estranha aos interesses de quem quer que seja” (Abboud, 2021, p. 367), pois, como escreveu Zaffaroni, “a jurisdição não existe se não for imparcial” (Zaffaroni, 1995, p. 86).

No entanto, o juiz é um alguém-no-mundo e, por isso, enxerga a realidade de acordo com experiências, vicissitudes e expectativas que lhe são próprias. Da mesma forma que o historiador não é capaz de abstrair-se completamente de si próprio, sendo inelutável que, ao perscrutar o passado, ele se guie segundo seu próprio horizonte histórico de sentido, ao juiz também não é possível olhar para o mundo sem partir de um conjunto de pressupostos e subentendidos que conformam e definem o que para ele significam a justiça, a justeza, a equidade, a bondade e a beleza. Quando o juiz decide, por mais aberto que ele esteja à polivalência do debate e à interlocução argumentativa entre as partes no processo, é inevitável que ele lance sobre a realidade um juízo ancorado em suas próprias pré-compreensões sobre o direito. A impessoalidade absoluta, também chamada de neutralidade pura, é um

patamar humanamente impossível de ser alcançado. Logo, na democracia, a posição do juiz corporifica uma contradição: a necessidade de um terceiro, a impossibilidade de um terceiro (Garapon, 2001). Em outras palavras, se o juiz precisa assumir o ponto de vista de um terceiro, mas esse ponto de vista, ao menos em um sentido absoluto, é impossível, então a justiça, tal qual a democracia, é uma aporia, uma experiência necessária do impossível (Derrida, 1992, p. 14-15). A articulação entre a necessidade e a impossibilidade da impessoalidade só se resolve na vivência institucional, na dinâmica discursiva em que as práticas sociais e institucionais são apreendidas, compreendidas, criticadas e corrigidas. Ser imparcial é uma atitude perante o mundo, não um estágio acabado. O juiz precisa aspirar à impessoalidade e precisa fazê-lo de maneira honesta, insistente e destemida.

Ainda que estejam conectadas, imparcialidade e impessoalidade são, portanto, qualidades distintas. Dada a impossibilidade de se atingir a impessoalidade, a justiça deve ser administrada de tal forma a assegurar uma racionalização da personalidade do juiz. Isso exige que, de início, sejam observadas as etapas de discussão entre as partes no processo e respeitada a lógica de construção do provimento a partir de expedientes que garantam a abertura cognitiva do juiz a fatos e argumentos. Além disso, é preciso que os juízes se comportem, tanto dentro quanto fora do ambiente deliberativo-processual, de tal modo a minimizar os efeitos de seus vieses cognitivos, buscando reabrir a possibilidade de problematizar pontos de vista que se têm mantido fechados (Nunes; Lud; Pedron, 2018).

No mesmo sentido, a imparcialidade do juiz não pode ser negativa. A posição do juiz deve ser, em princípio, de distanciamento com relação às preferências que são manifestadas no litígio, porém isso não significa que o juiz deva ficar alheio às clivagens e às vulnerabilidades sociais que, embora provenientes de uma realidade extraprocessual, podem repercutir fortemente na dinâmica do processo. Essa perspectiva nasceu de discussões no campo do processo penal, mas sua

utilidade reverbera para todos os ramos do direito processual, porque o que o aporte almeja sinalizar é a necessidade de a imparcialidade judicial ser compreendida segundo a realidade material do processo. O juiz é um agente do Estado e, como tal, tem a incumbência de proteger e plenipotencializar o objetivo constitucional de combater a desigualdade social. No processo, isso se revela por meio da assunção de cuidados e medidas que, antes de comprometerem o distanciamento judicial necessário à construção conjunta de um provimento válido e justo, asseguram que a decisão seja, de fato, edificada pelas partes em participação, de forma que ambos os polos, ainda que um deles esteja em situação de desvantagem, tenham as mesmas chances de influir no resultado do debate. Conforme pontua Artur de Souza, a imparcialidade do juiz precisa ser positiva, uma vez que “o juiz, antes de se intitular imparcial na sua concepção ontológica, está sujeito a uma anterioridade ética que reclama sua responsabilidade pelo outro” (Souza, 2008, p. 246).

Em acréscimo, mais do que efetivamente ser imparcial, o juiz precisa transparecer imparcialidade, agindo de modo a transmitir aos demais atores compromissados com a administração da justiça e à sociedade em geral a mensagem de que sua intervenção é produto de uma reflexão racional isenta, genuína e responsável. A imparcialidade do juiz deve ser tanto subjetiva quanto objetiva: ele precisa ser e ao mesmo tempo parecer imparcial (Ritter, 2019; Abboud, 2021). Essa distinção foi concebida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Piersack v. Belgium*, julgado em 1982, em que se debateu a imparcialidade de um juiz criminal que, durante um período no processo, havia atuado, na Promotoria de Bruxelas, como chefe do setor responsável pela ação. No exame da alegação de que o tribunal havia agido de modo parcial, a Corte asseverou que, na aferição da imparcialidade de um órgão jurisdicional,

é possível diferenciar entre uma abordagem subjetiva, que diz respeito ao esforço de verificar a convicção pessoal do juiz em determinado caso, e uma abordagem objetiva, que se refere à defi-

nição de que o juiz deu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a esse respeito (Conselho da Europa, 1982, § 30, tradução nossa).¹⁰

O Estado belga demonstrou que a pessoa que chefia a Promotoria de Bruxelas tem atribuições sobretudo administrativas e, por isso, não acompanha nem toma ciência de nenhum pormenor dos casos movidos pela equipe criminal. Porém, a Corte reconheceu que, no cenário concreto, embora a imparcialidade subjetiva do juiz não pudesse ser questionada, sua imparcialidade objetiva havia sido contaminada, tendo em vista a aparência fundada de que o juiz estava inclinado a favorecer a acusação. O juiz precisa dar a entender, perante a sociedade como um todo, que está preparado técnica e moralmente para levar um julgamento adiante. Ou seja, é necessário que haja confiança na idoneidade do órgão julgador e na higidez do processo deliberativo-decisório (Conselho da Europa, 1984, 2001).

Daí o regime especial que o direito institui sobre o desempenho da função judicante: o juiz é um agente especial, dada a natureza de suas atividades, e, por isso, deve observar um plexo de obrigações extraordinárias não oponíveis ao cidadão comum. Isso vale, evidentemente, para a liberdade de expressão. Para garantir o exercício adequado de seu ofício, de forma a efetivamente cumprir as diretrizes descritas acima, o juiz precisa assumir um lugar discursivo diferenciado. Quando o juiz expressa seu pensamento em público sem se atentar para os parâmetros e balizamentos inerentes à realização da justiça, ele antecipa um juízo que, na democracia, só poderia vir ao mundo no processo, a partir de uma construção em contraditório, com a participação e a influência das partes e como resultado de uma busca autêntica pela única resposta correta.

¹⁰ No original: "A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect" (Conselho da Europa, 1982, § 30).

A expressão judicial veiculada em inobservância a esses parâmetros fere a imparcialidade da justiça, o contraditório material e a exigência de fundamentação do provimento jurisdicional e, por esse motivo, prejudica a contribuição específica que o Poder Judiciário tem a oferecer para a governança democrática e a deliberação pública.

O juiz, portanto, é menos livre que o cidadão comum. O cidadão precisa ser mais livre, não só por conta de o juiz aspirar ao lugar de um terceiro imparcial – aspiração que, pelo menos da maneira a que nos referimos aqui, não se aplica ao não juiz –, mas porque é ele (o cidadão) quem dá sentido às práticas que compõem a judicatura: é com relação à posição de não terceiro do cidadão que o juiz se arvora na responsabilidade de julgar os conflitos sociais conforme o direito. Segundo Ricoeur, o cidadão é um “terceiro parceiro”, um sujeito que emerge como “terceiro no tempo: seu olhar se constrói com base em sua própria experiência, instruída tanto pelo julgamento judicial quanto pela investigação histórica publicada” (Ricoeur, 2003, p. 436, tradução nossa). O cidadão busca uma intervenção não acabada, pois sua análise da realidade não almeja produzir um juízo imutável sobre os problemas da vida – nesse aspecto, ele se aproxima do historiador. No entanto, ele está igualmente à procura de um “julgamento garantido”, o qual ele gostaria que fosse, pelo menos em um primeiro momento, definitivo. Sob esses aspectos, o cidadão se constitui em “árbitro derradeiro”: é ele o verdadeiro guardião dos valores liberais da democracia constitucional. Só a convicção do cidadão fundamenta e justifica tanto a honestidade intelectual na pesquisa historiográfica quanto a equidade política no processo jurisdicional (Ricoeur, 2003, p. 436, tradução nossa).¹¹

¹¹ Excertos retirados do seguinte trecho no original: “Partis à la recherche du tiers impartial mais non infaillible, nous terminons par l'addition au couple du juge et de l'historien d'un troisième partenaire, le citoyen. Il émerge comme un tiers dans le temps: son regard se structure à partir de son expérience propre, instruite diversement par le jugement pénal et par l'enquête historique publiée. D'autre part, son intervention n'est jamais achevée, ce qui le place plutôt du côté de l'historien. Mais il est en quête d'un jugement assuré, qu'il voudrait définitif comme celui du juge. A tous égards, il reste l'arbitre ultime. C'est lui le porteur militant des valeurs libérales de la démocratie

3.2 O juiz deve propiciar e promover um contraditório material

O processo não é um instrumento de vocalização do entendimento do juiz, mas um meio de controlar a atividade judicial, de maneira que a decisão produzida pelo Estado, decisão que inevitavelmente será lavrada e fundamentada pelo juiz, seja, tanto quanto possível, a tradução de uma construção coletiva e dialética, baseada no direito e na razão e com a participação e a influência das partes. A exigência da fundamentação das decisões judiciais é uma exigência de justificação do entendimento do juiz. O juiz, que não é escolhido pelo povo para decidir, exerce um poder que não está pré-validado, um poder que reclama uma legitimação contínua e que, por conta disso, depende invariavelmente de renovar-se a partir de sucessivas e boas justificações. Sem justificativa plausível à luz do direito, sem argumentos racionais ancorados na melhor interpretação possível da história institucional do direito, a decisão judicial não se pode sustentar (Nunes, 2008a; Câmara, 2022).

A justificação da decisão precisa ser substancial, ou seja, é fundamental que o juiz explicita e articule argumentos que enunciem, com densidade e completude discursivas, aquilo que ele entende como correto

e verdadeiro – argumentos concebidos e desenhados, portanto, para convencerem as outras pessoas de que o entendimento esposado na decisão é a única melhor resposta correta para o problema apreciado. As palavras do juiz na elaboração da decisão devem ser utilizadas não para atender a uma formalidade legal, mas para construir uma narrativa que justifique, perante o sistema de justiça e a sociedade em geral, o caminho escolhido. Ao fundamentar sua posição decisória, o juiz deve agir não como se cumprisse uma exigência formal, mas como se precisasse persuadir o maior número possível de pessoas.

constitutionnelle. Seule la conviction du citoyen justifie en dernier ressort l'équité de la procédure pénale dans l'enceinte du tribunal et l'honnêteté intellectuelle de l'historien aux archives. Et c'est la même conviction qui, en dernier ressort, permet rétrospectivement de nommer l'inhumain comme contraire absolu des valeurs libérales" (Ricoeur, 2003, p. 436).

O princípio do contraditório merece destaque, pois é o único que integra o conceito de processo. De acordo com Elio Fazzalari, o provimento a que o processo aspira – uma decisão com aptidão para fazer coisa julgada, que ponha fim ao conflito social e contribua para a estabilização do entendimento da comunidade sobre seu próprio direito – exige a realização de uma série de atividades preparatórias das quais são chamados a participar não só o juiz, mas também as partes. Esta é a essência do processo: o fato de ele ser um procedimento que não apenas visa à produção de uma decisão, mas cujo resultado – o provimento estatal – depende da participação ativa e dialética das partes (Fazzalari, 1996; Gonçalves, 2012).

Em outras palavras, o processo precisa ser operacionalizado a partir de uma atuação participativa dos sujeitos: ao juiz, às partes e aos demais atores envolvidos na administração da justiça cumpre “atuar em um viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação” (Nunes; Lud; Pedron, 2018, p. 189). Uma decisão judicial só será democraticamente adequada e legítima se resultar de um trabalho conjunto e efetivo entre o juiz e as partes (Nunes, 2008a). Ademais, como meio de solução das controvérsias sociais, o processo contempla momentos e etapas para a oitiva dos envolvidos, a produção de provas, o debate e a reflexão conscientes sobre a temática posta em julgamento. No fim, a norma-decisão construída como solução ao problema deve, em respeito ao trabalho envidado pelos sujeitos processuais no desenrolar do procedimento, traduzir a realidade de todo o esforço participativo engendrado (Nunes, 2008a; Theodoro Jr.; Nunes, 2009).

Na democracia, todos os indivíduos têm o direito de participar dos processos de elaboração das decisões do Estado. No processo judicial, esse direito é exercido por meio do contraditório material. O contraditório material é um princípio que, para ser concretizado, exige mais do que apenas uma paridade formal de armas no processo ou uma bilateralidade

de audiência na composição da lide e na instrução processual. Conforme entenderam inicialmente os processualistas alemães, segundo uma perspectiva que, assumida nos anos 1970, repercutiu, daí em diante, em diversos lugares do mundo, o contraditório material é uma garantia de que as partes poderão influenciar o resultado da decisão, de que nenhuma delas será surpreendida por um pronunciamento judicial baseado em questão sobre a qual não lhe tenha sido dada oportunidade de manifestação, e de que a sentença aproveitará, tanto quanto possível, toda a atividade processual. No direito alemão, o contraditório material corresponde ao direito de ser ouvido (Câmara, 2022; Baur; Grunsky; Jacoby, 2022). Esse direito impõe que a decisão judicial seja vista como uma construção dependente da participação das partes. Ao longo do itinerário processual, observada uma paridade de oportunidades de falar e ser ouvido, as partes colaborarão com o alcance de uma interpretação constitucionalmente adequada do direito, sendo necessário garantir, nessa dinâmica, que ambos os lados tenham a chance efetiva de influir no convencimento do juiz a respeito de qual é a única solução correta para o conflito (Baur, 1952; Nunes, 2008a).

Essa compreensão do contraditório como o direito de verdadeiramente influenciar o resultado do processo faz com que ele esteja intimamente conectado a outras duas ideias importantes. O contraditório exige, inicialmente, que a decisão do juiz esteja fundamentada de modo a traduzir o debate processual, com a apreciação das questões, ressalvas e considerações aduzidas pelas partes, ainda que (ou sobretudo) para refutá-las (Câmara, 2022). Ademais, o contraditório fundamenta a indispensabilidade da não surpresa, isto é, a exigência de que as partes não sejam surpreendidas com decisões a respeito das quais não tenham tido a oportunidade substancial de dizer alguma coisa. Em outras palavras, o contraditório milita contra o juiz que decide isoladamente, no silêncio frio de seu convencimento íntimo, sem compartilhar a construção do provimento com as partes, e sem extrair da

atividade processual o conteúdo, a legitimidade e a efetividade que ela oferta ao pronunciamento judicial. Como ensina Dierle Nunes, o juiz viola o devido processo constitucional quando constrói

provimentos, solitariamente, sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca da rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e cancelam o solipsismo judicial (Nunes, 2008b, p. 13-29).

Ou seja, o processo democrático, orientado por um contraditório material, é participativo. A palavra “participação” é preferentemente utilizada, em detrimento de “colaboração” ou “cooperação”, porque a ideia por trás do contraditório substancial não é de que as partes devam colaborar ou cooperar entre si, no sentido de ajudar-se ou apoiar-se mutuamente, mas que elas terão a oportunidade de construir, em conjunto, o provimento judicial, influenciando a decisão do juiz e participando dela (Nunes, 2008a; Câmara, 2022). Segundo a lógica da participação, o processo deve funcionar em atenção ao Estado Democrático de Direito, no sentido de abrigar uma “comunidade de trabalho” na qual todos os atores processuais atuem para edificar o melhor provimento possível, buscando, em conjunto, dialética e democraticamente, a única resposta correta (Zaneti Jr., 2007; Nunes, 2008a).

O Supremo Tribunal Federal compartilha desse entendimento. No julgamento do Mandado de Segurança nº 24268, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União de negativa de registro de concessão de pensão especial, com o consequente cancelamento, sem a oitiva da pensionista, do pagamento de benefício concedido dezoito anos antes, o Supremo debateu a aplicabilidade do contraditório material a procedimentos administrativos. Em seu voto, o relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes, não se limitando

a reconhecer que as garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, são conferidas a todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, discorreu longamente sobre o contraditório material. Segundo ele, “o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo” (Brasil, 2004). Citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre o direito de pretensão à tutela jurídica (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), Mendes explica que, segundo o tribunal alemão, “essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar” (Brasil, 2004). Então, assevera que o contraditório previsto na Constituição brasileira, tal qual se dá na Alemanha, contempla o direito de o órgão julgador informar à parte o que está acontecendo no processo; o direito da parte de manifestar-se oralmente e por escrito, em paridade de oportunidades e armas com a parte adversa (se houver); o direito de ver seus argumentos considerados, “que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas” (Brasil, 2004), isto é, que reclama que o juiz ou a Administração Pública não apenas tomem ciência das alegações da parte, mas efetivamente as considerem, levando-as a sério, e forneçam a elas respostas adequadas e suficientes, tanto para acolhê-las quanto (sobretudo) para rejeitá-las (Brasil, 2004, p. 168-169).

3.3 A decisão judicial precisa ser fundamentada com base no direito

A função judicial se baseia em um forte compromisso com o direito institucional – ou seja, com a legalidade. Ao julgar determinado conflito, é fundamental que o juiz recupere a história institucional do direito, compreendendo-a como o produto coeso da comunidade soberana corporificada, e, a partir

das circunstâncias do caso concreto, releia tal história à sua melhor luz, adequando-a aos princípios de justiça, equidade e justeza que dão sentido às práticas sociais e institucionais. A reflexão feita pelo juiz, construída em interlocução com as partes, deve ser relatada em sua decisão, de maneira que o provimento seja explícita e sinceramente fundamentado com base no direito, nos fatos e na razão, tendo em vista o debate no processo. A fundamentação deve ser clara, direta, objetiva e suficiente, bem como traduzir, fielmente, a atividade processual. Trata-se de exigência de tanta importância que a Constituição de 1988 estipula, em seu art. 93, inciso IX, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (Brasil, 1988).

A teoria da única resposta correta é uma tese sobre como o juiz deve se portar hermeneuticamente. Em rejeição tanto à ideia convencionalista de que, ao decidir, o juiz noticia fatos do passado, quanto à perspectiva pragmatista de que, ao contrário, ele dita um programa para o futuro, a tese da integridade no direito baseia-se na defesa de que, na interpretação do direito, ao juiz é imposto recuperar a história institucional do direito, compreendendo-a à sua melhor luz e atualizá-la de acordo com os princípios de justiça, justeza e devido processo que não só fundamentam essa história, mas conferem a ela seu próprio sentido normativo. Ao decidir, o juiz nem descobre nem inventa o direito, mas realiza um ato interpretativo que é, ao mesmo tempo, essas duas coisas e nenhuma delas (Dworkin, 1986). O direito é um conceito interpretativo, e, por isso, sua aplicação implica a exigência moral de o juiz assumir uma postura reflexivo-constitutiva diante do caso submetido à sua análise, uma postura de honestidade perante o direito positivo, fidelidade com a atividade argumentativo-processual e compromisso com os princípios constitucionais que dão inteligibilidade às práticas sociais e institucionais (Dworkin, 1986; Cattoni de Oliveira, 2014).

Dizer que a decisão precisa estar fundamentada com base no direito é, então, assumir que o juiz recupere a história institucional do direito, investigando, no passado, o sentido das decisões institucionais que, por representarem a escolha da comunidade soberana, são legitimamente vinculantes no presente. Para aplicar o direito, todavia, o juiz deve ir além. As decisões passadas precisam ser decifradas e atualizadas em face das circunstâncias do caso em análise, e, para isso, o juiz deve mobilizar argumentos de princípio. Em *A matter of principle*, Dworkin diferencia argumentos de princípio e argumentos de política, tendo como pano de fundo a atuação interpretativa das instituições do Estado de Direito. Segundo ele, um argumento de política consubstancia a justificativa de determinada decisão em função de algum objetivo coletivo, propriamente voltado para o bem-estar da comunidade, em contraposição a um argumento de princípio, que se refere à justificativa de determinada decisão a partir da demonstração de que ela protege um direito (Dworkin, 1985). Embora as decisões construídas em fóruns políticos, notadamente o Poder Legislativo, possam articular tanto argumentos de política quanto argumentos de princípio, as decisões judiciais, escreve Dworkin, devem se fundamentar exclusivamente com base em uma argumentação de princípio (Dworkin, 1985).

Com relação à exigência de aproveitamento da atividade processual, em especial no que diz respeito à valoração da prova, é importante mencionar o princípio do livre convencimento motivado do juiz. O art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 estipulava que o juiz apreciaria livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deveria indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (Brasil, 1973). Em virtude das críticas doutrinárias à perspectiva do livre convencimento motivado, o legislador fez a opção de retirar tal previsão do texto do Código de Processo Civil de 2015. Apesar disso, alguns estudiosos ainda sustentam a permanência do princípio no sistema processual brasileiro, entendimento que,

segundo nos parece, está equivocado, e não apenas porque a norma que estabelecia a prerrogativa foi diretamente revogada. A revogação é um elemento importante, porque o legislador, convencido da necessidade de extirpar o livre convencimento motivado do regramento processual, tomou a decisão consciente e autônoma de não reproduzir a previsão do art. 131 do CPC de 1973 no texto do CPC de 2015, decisão essa que hoje representa a vontade da comunidade soberana e que, por isso, não pode ser simplesmente ignorada pelos aplicadores do direito. Mas a revogação não é o único argumento contra o livre convencimento motivado, pois reputamos persuasiva a leitura de que tal princípio é (e sempre foi) de todo incompatível com o modelo constitucional de processo. O juiz não está livre para se convencer de absolutamente nada, já que tem o dever de, em interlocução com as partes, buscar a única resposta correta para o conflito apreciado. Além disso, o provimento judicial é construído em conjunto com as partes, garantida sua participação ativa e efetiva no debate processual, motivo pelo qual não cabe ao juiz avaliar nenhuma questão, nem atender a nenhum fato ou circunstância, que não tenha sido alegada e discutida pelos sujeitos no processo (Streck; Nunes; Leite, 2018).

O debate sobre livre convencimento motivado mostra, ainda, que a exigência de fundamentação da decisão do juiz não é só formal. A ideia de que o juiz pode analisar livremente a controvérsia, desde que motive expressamente suas conclusões, é inaceitável do ponto de vista de um processualismo democrático. A motivação do provimento precisa traduzir a atividade processual e, ao mesmo tempo, enunciar a interpretação do juiz, levada a cabo com fidelidade ao direito positivo e mediante um ato de honestidade intelectual.

4 CONCLUSÃO

A contribuição especial do Poder Judiciário à governança democrática reside em sua capacidade de atuar como um

guardião imparcial e independente do Estado de Direito, essencial para a garantia dos direitos fundamentais e da estabilidade institucional.

O conceito de separação dos poderes deve ser compreendido para além das ideias de divisão dos poderes e de freios e contrapesos, de modo a abarcar a necessidade de preservar a integridade da contribuição especial de cada instituição à governança democrática e, ao mesmo tempo, salientar a importância de uma articulação entre tais instituições. Isso implica reconhecer o papel indispensável de cada poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – na realização de funções específicas que promovam os objetivos da democracia, como a garantia dos direitos fundamentais e a condução do debate público. A separação dos poderes não se limita a evitar a concentração de autoridade, mas busca ordenar as ações estatais de forma articulada, assegurando que a legislação, a administração pública e o julgamento de conflitos sejam realizados com autonomia e respeito aos princípios do Estado de Direito. Dessa forma, a governança democrática se fortalece ao unir a independência institucional de cada poder à sua cooperação na formação, execução e densificação das escolhas coletivas.

O Poder Judiciário contribui com a governança democrática ao estabelecer um espaço franco, público, equânime e ordenado para a construção de decisões lastreadas no direito e na razão, com base em um procedimento que, conduzido por um agente imparcial e independente, garanta e plenipotencialize o contraditório. Essas decisões devem traduzir a interpretação correta do direito para o caso concreto, promovendo uma abordagem que combine abertura, transparência e colaboração entre as partes. Para cumprir seu papel constitucional, o juiz deve garantir que todos os envolvidos tenham oportunidade de influenciar o processo decisório, mantendo-se distante de pressões momentâneas da opinião pública e de preferências políticas. Além de traduzir o debate processual, a decisão judicial precisa refletir também uma interpretação racional

e fundamentada que revise a história do direito positivo, atualizando-a conforme os princípios de justiça e de equidade.

Para que a justiça opere de maneira democrática, é essencial observar três diretrizes principais: o juiz deve preservar sua independência e imparcialidade, proporcionar às partes condições efetivas de participação no processo e fundamentar suas decisões em argumentos baseados exclusivamente no direito. Essa abordagem, aliada a uma postura de respeito e integridade, assegura que as decisões judiciais sejam previsíveis, legítimas e expressem um compromisso genuíno com a busca pela única solução correta para cada conflito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BAUR, Fritz. *Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Frankfurt: C. H. Beck, 1952.

BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*. Frankfurt: C. H. Beck, 1957.

BAUR, Fritz; GRUNSKY, Wolfgang; JACOBY, Florian. *Zivilprozessrecht*. Frankfurt am Main: Vahlen, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 24.268. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de

defesa ampliado com a Constituição de 1988. Relatora: Min. Ellen Gracie, 5 fev. 2004, *Diário de Justiça*, 17 set. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2022.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Sentença em Piersack v. Belgium. Estrasburgo, 1º out. 1982.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Sentença em De Cubber v. Belgium. Estrasburgo, 26 out. 1984.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Sentença em Mehmet Ali Yilmaz v. Turkey. Estrasburgo, 25 set. 2001.

DERRIDA, Jacques. Force of law: the “mystical foundation of authority”. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (ed.). *Deconstruction and the possibility of justice*. New York: Routledge, 1992. p. 3-67.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1996.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GEYH, Charles Gardner. The dimensions of judicial impartiality. *Florida Law Review*, v. 65, n. 2, p. 493-551, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAUFMAN, Irving R. The essence of judicial independence. *Columbia Law Review*, v. 80, n. 4, p. 671-701, 1980.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The federalist papers*. New York: The Tribeca Books, 2014.

MONTESQUIEU, Baron de. *The spirit of the laws*. Transl. Thomas Nugent. Guilford: Prometheus Books, 2002.

NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008a.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, p. 13-29, 2008b.

NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2010.

PILDES, Richard; LEVINSON, Daryl. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 8, p. 2.311-2.386, 2006.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

REICHEL, Luís Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. *Revista de Processo*, v. 227, p. 105-122, 2014.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2003.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOUZA, Artur Cesar de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho; LEITE, George Salomão. *O fim do livre convencimento motivado*. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. New York: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, v. 43, n. 1, p. 1-61, 2008.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. *Getting to the rule of law*. New York: New York University Press, 2011. p. 3-31.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers or division of power? *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 329, n. 12-20, p. 1-33, 2012.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. *Boston College Law Review*, v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Salvador: Lumen Juris, 2007.

200
anos



PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: LEGITIMIDADE E REPRESENTAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

ORIGINAL CONSTITUENT POWER: LEGITIMACY AND REPRESENTATION IN BRAZILIAN CONSTITUTIONS

Lilian Maciel Santos¹
Laura Campolina Monti²

RESUMO

O presente estudo, subsidiado pelo método hipotético-dedutivo e amparado em pesquisa bibliográfica, documental e descritiva, versa sobre o conceito de poder constituinte originário, buscando investigar seu titular não apenas do ponto de vista formal, mas também sob o prisma histórico-analítico, debruçando-se sobre o contexto de formação de cada uma das constituições brasileiras. Na teoria constitucional contemporânea, é praticamente unânime o entendimento de que o “povo” é o titular do poder constituinte, e tal afirmação tem grande valor simbólico, implicando o viés representativo, inclusivo, plural e democrático do projeto. No entanto, ao atingirmos a marca de 200 anos de Direito Constitucional no Brasil, é possível constatar o abismo entre alguns direitos e

¹ Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001), especialista em Jurisdição Inovadora pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), especialista em Processo Civil pela Universidade Gama Filho, especialista em Gestão no Poder Judiciário pela Universidade de Brasília (UnB), professora de Direito Internacional e Prática Jurídica Cível nos cursos de graduação da Faculdade Milton Campos e de Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec), professora no curso de formação inicial e permanente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF). E-mail: lilian@tjmg.jus.br.

² Doutora *magna cum laude* em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), vinculada à linha Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional, mestre em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec), vinculada à linha Instituições Sociais, Direito e Democracia, especialista em Direitos Humanos e Cidadania pelo Instituto DH, assessora judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). E-mail: laura.campolinamonti@hotmail.com.

valores erigidos ao *status* constitucional e a realidade que nos cerca. Assim, a presente investigação se volta para a gênese das constituições, a fim de verificar se o “povo” efetivamente exerceu a atribuição que lhe é formalmente designada ou se operou apenas como signo para legitimação dos projetos que eram implementados.

Palavras-chave: poder constituinte originário; povo; democracia; representação; legitimidade.

ABSTRACT

This study, adopting a hypothetical-deductive method and supported by bibliographical, documentary and descriptive research, deals with the concept of original constituent power, seeking to investigate its holder not only from a formal point of view, but also from a historical-analytical perspective, focusing on the context in which each of the Brazilian constitutions was formed. In contemporary constitutional theory, it is practically unanimous to understand that the “people” are the holders of the constituent power, and this statement has great symbolic value, implying the representative, inclusive, plural and democratic bias of the project. However, as we reach the 200-year mark of Constitutional Law in Brazil, it is possible to note the gap between some rights and values elevated to constitutional status and the reality that surrounds us. Therefore, this investigation focuses on the genesis of the constitutions, in order to verify whether the “people” effectively exercised the power formally assigned to them or whether they operated merely as a symbol to legitimize the projects that were implemented.

Keywords: original constitutional power; people; democracy; representation; legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

Ao completarmos 200 anos da promulgação da primeira constituição do Estado Brasileiro, cumpre-nos refletir sobre os avanços do texto, bem como sobre a contribuição da Carta para a efetiva implementação dos valores e princípios por ela erigidos como fundamentais. Porém, mais do que isso, parece oportuno um retorno à gênese não apenas do texto constitucional atual, mas também do embrião desse ramo do direito no Brasil, especialmente tendo em vista a relevância de toda e qualquer constituição para a formação do ordenamento jurídico nacional como um todo.

Na teoria constitucional contemporânea, é praticamente unânime o entendimento de que o povo é o titular do poder constituinte. Na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), por exemplo, o art. 1º, parágrafo único, estabelece que todo o poder emana do povo, e tal afirmação tem grande valor simbólico, implicando o viés representativo, inclusivo, plural e democrático do projeto. Diante da relevância da afirmação concernente ao poder constituinte originário, o presente trabalho se propõe a investigar quem, de fato, ao longo dos 200 anos de constitucionalismo, exerceu o referido poder.

A definição de poder constituinte, numa concepção epistemológica, é pouco aprofundada pela doutrina pátria. Não raro, a literatura especializada se limita a enumerar as características do poder constituinte originário como aquele poder inicial, incondicionado, autônomo, permanente, etc. É escassa, entretanto, a reflexão aprofundada sobre o exercício desse poder e quem efetivamente o desempenha a despeito do que consta do texto formal.

A partir da conceituação do termo “poder constituinte originário” e da aferição a respeito de sua titularidade, emerge a dúvida: até que ponto e em que medida as constituições que existiram nesse bicentenário, culminando na de 1988, refletiram o conceito de nação, de cidadania e de inclusão de todos os

grupos sociais nesse processo de tomada de decisões para formação do texto constitucional?

Para enfrentar esse tema, o trabalho parte de dois eixos centrais: um de cunho essencialmente teórico e o outro com viés histórico-prático, que servirão para tentar responder ao problema proposto. O primeiro trata de uma breve análise do conceito de "poder constituinte originário", buscando evidenciar sua vocação e seu legítimo titular, especialmente em um sistema democrático. Em seguida, o estudo se debruça sobre cada uma das constituições que vigoraram em nosso país, a fim de investigar se existe correspondência entre a pretensão teórica e o exercício desse relevante "poder".

O método de abordagem empregado pode ser definido como hipotético-dedutivo, visto que, partindo de hipótese fundamentada em estudo exploratório e na análise bibliográfica, e adotando a técnica de análise de conteúdo, procurou averiguar o desenvolvimento de conceitos, a interpretação a eles conferida e, por fim, sua correspondência com o cenário que permeou a entrada em vigor de cada constituição nacional.

2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: CONCEITO E VOCAÇÃO

Quando se busca a conceituação do poder constituinte originário, faz-se menção como aquele responsável pela elaboração de uma nova Constituição, cuja noção foi elaborada principalmente a partir da teoria constitucional francesa do século XVIII, com ideais universais de igualdade, liberdade e fraternidade.

A doutrina do poder constituinte é, antes de tudo, um discurso sobre o poder constituinte, exercendo o papel de mito fundador e legitimador da ordem constitucional. O poder constituinte é um "conceito limite" do direito constitucional. Não se trata da norma fundamental hipotética de Hans Kelsen ou de direito natural, mas de uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a.

Essa força real que daria legitimidade ao Poder Constituinte originário, nas palavras do autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pertenceria ao povo. Isso porque,

[...] se todo poder, em última análise, repousa no consentimento, na aceitação dos governados, pode-se dizer que a soberania e, portanto, o Poder Constituinte Originário pertence ao povo. Isso não significa, entretanto, que tenha o Poder Constituinte como agente habitual o próprio povo (Ferreira Filho, 2008, p. 24).

Trata-se de uma reflexão que Emmanuel Sieyès (1997) propôs ao questionar “o que é o Terceiro Estado?”, traçando o que vem a ser o conceito de poder constituinte originário, tal qual é conhecido e utilizado até hoje. O Terceiro Estado abrangeria tudo o que pertence à nação, ao povo. Adiante, o doutrinador francês aprofunda suas indagações, vindo, no segundo capítulo de sua obra, a elaborar a pergunta mais pungente, e por que não dizer mais incômoda e atual: “O que o Terceiro Estado tem sido até agora? Nada” (Sieyès, 1997, p. 102).

O referido autor dá essa resposta categórica de que a nação até aquele momento nada tem sido, porque: “o Terceiro Estado não é livre. Não somos livres por privilégios, mas por direitos, direitos que pertencem a todos os cidadãos” (Sieyès, 1997, p. 110), e, nesse contexto, a nação não estaria sendo devidamente representada pelo povo, mas por um grupo de privilegiados que não a representa legitimamente. E continua: “nunca será demais repetir que todo privilégio se opõe ao direito comum. Portanto, todos os privilegiados, sem distinção, formam uma classe diferente e oposta ao Terceiro Estado” (Sieyès, 1997, p. 110).

O que unifica o Terceiro Estado é o interesse comum em realizar e estender seus direitos, concebidos como meios de satisfazer as suas necessidades. Por isso, o Terceiro Estado é uma nação completa, autossuficiente e autônoma. O papel da nação é redigir uma constituição para manter a possibilidade

de evolução do sistema político em conformidade com os interesses econômicos.

Transpondo essas ideias aos dias atuais, a titularidade do poder constituinte deveria corresponder ao titular da soberania, que, ao menos do ponto de vista formal, é o povo, em todas as suas dimensões, pluralidades e diferenças, que formam um corpo único e integrado.

É nesse contexto que se indaga se, de fato, ao longo dos 200 anos de constitucionalismo no Brasil, o povo chegou a assumir a real dimensão dessa titularidade da soberania e, consequentemente, do poder constituinte.

Paulo Bonavides (1998, p. 215) alerta, há muito, que detectou o problema constitucional do Brasil, que perpassa por uma enorme ruptura entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material. Uma questão, como descreve esse autor, de tamanha magnitude, que envolve toda a questão do poder constituinte. Isso porque a constitucionalidade formal é perfeita. O desafio está em implementar a constitucionalidade material, traduzida em direitos sociais consagrados no âmbito formal das constituições, aproximando-a da constitucionalidade formal.

Assim escreve:

[...] a tragédia do constitucionalismo brasileiro reside em que jamais sequer nos foi possível pela natureza mesma da sociedade — o Império escravocrata e patriarcal fazia avultar a opressão dos fortes sobre os fracos invalidando assim toda veleidade do contrato social, ponto de partida para a eliminação de desigualdades e — ultrapassar a crise constituinte da constitucionalidade formal (Bonavides, 2004, p. 35).

Em se tratando de Ciências Sociais, como ocorre com o Direito, as questões terminológicas são importantes. O que distingue as palavras, sejam elas faladas, escritas ou manifestas através de sinais, de outras classes de ruídos, reside no fato de que elas invariavelmente têm significado. No âmbito jurídico, entretanto, os significados não são estanques, estando antes

associados a dinâmicas sociais que modificam não apenas sua compreensão, mas, igualmente, o alcance da potência que acompanha o vocábulo.

Assim, quando a literatura especializada afirma que o poder emana do povo, verificam-se duas escolhas semânticas significativas. A primeira, referente ao verbo escolhido “emana”, que alude não ao vínculo direto do agente com o resultado, mas antes evoca a figura etérea de algo que se desprende de sua fonte. Em outras palavras, a própria construção frasal denuncia que o poder provém do “povo”, mas dele se descola antes de atingir fins práticos.

O segundo marcador é o próprio uso do termo “povo”, que é uma daquelas palavras poderosas cuja própria existência e menção operam como força ativa dentro da consciência social. Através do processo cognitivo da mente humana, não só a linguagem representa a realidade, mas pode desempenhar um papel importante na criação e transformação dela, incluindo a atividade de modelar a consciência compartilhada da sociedade. Tal palavra é, assim, uma forma de poder social.

Visando à compreensão do conceito de povo e o seu uso na legitimação de atos e decisões jurídicas, o autor alemão Friedrich Müller apresenta, no livro Quem é o povo? (Müller, 2003, p. 126), alguns significados inerentes a esse conceito. Müller propõe alguns modos de emprego do conceito, como: povo ativo; povo legitimante; povo-ícone; povo destinatário de prestações civilizatórias do Estado; e povo participante, buscando identificar a que grupos reais correspondem os diversos modos de utilização do termo “povo”, conceito este, no mínimo, perigoso em virtude do seu potencial legitimador de decisões e sobre o qual resta ausente uma definição em específico.

A título de exemplo, a Constituição Federal Brasileira, de 1988, por vezes mencionada por Müller, encontra sua base de legitimidade exatamente no “povo”, como expressa em seu parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988, art. 1º).

“Quem é o povo?” é uma pergunta a ser feita de maneira crítica, uma vez que, na teoria política e constitucional, “povo” não é um conceito descritivo, mas operacional. Em outras palavras, não se trata de designar uma realidade da vida social, mas sim de analisar as situações nas quais esse termo é utilizado. Vale dizer que se busca como tal termo é utilizado em um jogo de linguagem específico, o que ele visa a camuflar, repercutir, expressar, operar (Müller, 2003, p.126).

A articulação entre a ideia de poder e autonomia, que se encontra no núcleo da ideia de soberania, é que dá origem à ideia de “soberania popular”. É evidente que a inclusão formal dessa concepção como um valor fundamental do Estado é característica das constituições modernas, entretanto a expressão pode ser rastreada na linguagem jurídico-política medieval, devendo ser adotadas, por óbvio, cautelas na compreensão de seu significado nesse período.

Em outras palavras: aquilo que hoje se entende por “soberania popular” é bastante diferente da conotação medieval que a expressão encontrou.

Marsílio de Pádua, em seu célebre livro *O defensor da paz* (Pádua, 1997), aponta que, não advindo o poder soberano na terra de uma origem divina, era evidente que este retirava seu fundamento do povo. E sua tese decorre do fato de que ele compreendia que livrar-se da influência papal nos assuntos internos dos Estados era apenas metade da batalha. Afinal, o papado não é o único perigo para a paz em um estado secular. Pádua parece já entender que os governantes seculares nem sempre desejam o bem a seus concidadãos e, como aponta McClelland (1996, p. 135), é viável dizer que a própria visão de Marsílio da lei como coerção efetiva pode ser interpretada como um convite ao pior de todos os regimes políticos: a tirania disfarçada sob as formas de direito.

Marsílio, já neste período, se preocupa com a possibilidade do domínio da força sob as formas da lei. Para ele, o tirano poderia facilmente governar através da lei, e o governo democrático de uma coletividade pode ser tão tirânico em sua

própria maneira como o governo de um homem imoderado. A solução de Marsílio para o problema de quem deveria ser o legislador é classicamente aristotélica: muitos deveriam fazer a lei, mas muitos não são todos. O autor, assim, localiza o direito de legislar na parte que considera mais relevante na comunidade de cidadãos (*valentior pars*). É o povo, através dos melhores cidadãos, que têm o direito de fazer leis, e, assim, a lei acaba por se tornar mais do que simples coercitividade, ou, dito de outra forma, a coercitividade não é apenas uma questão da eficácia do poder, mas está ligada à questão de quem tem o poder/direito de coagir.

Se há algo em comum entre o conceito no período medieval e no moderno é o fato de que, já na Idade Média, o termo refere-se ao problema da decisão e, portanto, da participação do povo na tomada de decisões. A fórmula regulae, do direito romano, é retomada naquele período, reaparecendo nas várias teorias medievais da soberania popular, com o seguinte brocardo: *Quod omnes tangit, omnibus tractari et approbari debet*,³ cuja tradução literal seria “todos aqueles afetados devem ser ouvidos e estar de acordo”.

A tese segundo a qual as decisões devem ser tomadas por todos aqueles que por elas sejam afetados — o povo — apareceu mais claramente formulada, a partir do século XIV, em autores como Marsílio de Pádua, Jean de Paris e, mais tarde, nos chamados “monarcômacos” franceses. A noção de “povo”, na qual tal teoria encontrou apoio, era, então, uma ideia que remetia muito mais à noção de exclusão do que de inclusão na tomada das decisões. Isso porque a tradição histórica e jurídico-política da utilização do conceito de povo revela que este não se reveste de traços inocentes, neutros ou objetivos, sendo antes resultado de processos de seleção.

³ Ver CONGAR, Yves-Marie-Joseph. *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, [s. l.], v. 35, p. 210-259, 27 set. 2024. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43847329?searchText=&searchUri=&ab_segments=&searchKey=&refreqid=fastly-default%3A68115334c5e56c1feb9db4758f8e2e9f. Acesso em: 27 set. 2024.

Em Péricles, o “demos” abrange tão somente todos os homens atenienses livres, aptos para a guerra, contribuintes e domiciliados há muito tempo. No direito romano o dualismo altamente elaborado [ausgefeilt] de nobreza e povo, que domina tudo, produz uma cisão [...] Na Igreja cristã primitiva o caminho do kleros para o laos descreve uma rápida diferenciação entre a “comunidade”, o “povo de Deus”, na direção de uma hierarquia de dois graus, que consolidou a cisão do “povo” (“comunidade” = todos os crentes) no caminho da divisão do trabalho por meio da divisão de funções, da hierarquia de funções até a hierarquia de instituições e normas e a estruturas de dominação. Exatamente por isso tornou-se necessária uma palavra adicional para os leigos enquanto crentes simples, colocados em graus hierárquicos inferiores, enquanto não funcionários (Müller, 2003, p. 83-84).

Citando Niklas Luhmann, Juliana Neuenschwander Magalhães (2014, p. 91) aponta que, se a ideia de soberania popular, já em sua origem, está definitivamente ligada ao termo participação, esta aqui não se lê no sentido em que hoje interpretamos essa palavra. O conceito de participação, aqui, descreve a relação medieval de todas as partes com o todo. Participação, na sociedade medieval, mais do que “tomar parte” das decisões, significava que as decisões são tomadas por uma parte. Nesse sentido, participação não significa nada mais que aquilo que a palavra mesma diz: ser parte de um todo.

A relação que existe entre o todo e as suas partes é uma relação de tensão, que é ocultada com a interposição da distinção entre representação e participação. Se o todo não é a soma das partes, se nem todas as partes participam, então torna-se necessário pensar em como, através da representação, pode uma parte fazer as vezes do todo. É esse mesmo dilema entre a representação efetiva e a legitimação fornecida pelo signo da outorga de poder popular que se pretende esmiuçar nos textos constitucionais pátrios.

Ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, perpassando por cada uma das constituições, como se verá adiante, observa-se um mascaramento da realidade. Há uma

aparência formal de que as constituições refletem a vontade do povo, utilizando-se da fórmula ilusória de que “todo o poder emana do povo”. Contudo, apesar de as constituições reportarem ao povo e todos seus subgrupos como titular do poder constituinte, há uma falsa premissa por detrás. Não é o povo quem exerce o real poder, e, tampouco, aqueles que o representam refletem a vontade do povo. O objetivo dessa menção em preâmbulos das constituições é legitimar o sistema escolhido previamente por um grupo social-político-econômico dominante.

Nesse cenário, não é demais considerar que a evolução de 200 anos de Direito Constitucional pouco nos fez avançar com relação à estrutura medieval que, conforme esclarecido, também se valia da soberania popular como dispositivo para manutenção de um *status quo*, notadamente através da exclusão de certas parcelas da sociedade da tomada de decisões.

No próximo capítulo, portanto, a presente investigação se volta para a gênese das constituições, a fim de verificar se o “povo” efetivamente exerceu a atribuição que lhe é formalmente designada ou se operou apenas como signo para legitimação dos projetos que eram implementados.

3 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O propósito do presente tópico não reside propriamente em traçar a história do poder constituinte no Brasil, tarefa já bem realizada por outros do ponto de vista historiográfico e documental. Assim, não se prende o estudo a um rigor cronológico. O que se pretende é oferecer um panorama dos pontos relevantes que permearam a formação de cada texto constitucional, especialmente sob o prisma da participação e da pluralidade.

3.1 A Constituição Imperial de 1824

A Assembleia Constituinte foi convocada por Dom Pedro I, antes mesmo da proclamação da independência, e veio a instalar-se em 3 de maio de 1823. Nascida por iniciativa do Imperador, já surgiu com a soberania sufocada, conforme bem ilustra a frase proferida por Dom Pedro I, no seu discurso inaugural:

Como Imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste Império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com minha espada defenderia a pátria, a nação, e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim. [...] Espero que a Constituição que façais mereça a minha imperial aceitação (Bonavides; Andrade, 1991, p. 35).

Em verdade, o confronto entre os poderes da Assembleia — concebida como plenamente soberana e independente, mesmo com a Monarquia presente — e o Imperador culminou, em 12 de novembro de 1823, na dissolução daquela por um verdadeiro golpe nos caminhos constitucionais e democráticos recém-adotados no Brasil.

Como analisa Bonavides:

[...] convocada aquela Assembleia, uma enorme contradição de titularidade de soberania logo se instalou: o poder constituinte do Imperador, de que ele em momento algum abdicou, e o poder constituinte da Nação; este soberano na forma, na doutrina e na aparência, mas na realidade de feição delegada, obrigado a ferir com o primeiro uma batalha verbal de hegemonia, prenúncio da que arrastaria o corpo constituinte à de solução de 12 de Novembro de 1823 (Bonavides, 1997, p. 35).

A redação do novo projeto da Constituição do Império coube a um Conselho de Estado, instituído pelo Imperador, e instituiu o Poder moderador como forma de manter a

centralização nas mãos do Imperador. Outorgada por D. Pedro I, a Carta Imperial de 1824 foi inspirada no constitucionalismo inglês, pelo que incorporou a ideia de que é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais.

A promulgação da Constituição de 1824 no Brasil ocorreu em um contexto histórico marcado por intensas lutas políticas e sociais. Após a independência do Brasil em 1822, proclamada por Dom Pedro I, o país enfrentava a necessidade de consolidar uma nova estrutura de governo. A desordem política, caracterizada por conflitos entre liberais e conservadores, além de pressões regionais e a insatisfação de diversos grupos sociais, exigia a elaboração de uma constituição que pudesse unir e organizar a jovem nação.

Assim, a Constituição de 1824, a primeira e mais longeva do Brasil, foi promulgada em um momento em que o imperador Dom Pedro I buscava centralizar o poder e garantir a estabilidade do império. O documento estabeleceu uma monarquia constitucional, limitando alguns aspectos da autoridade real, mas mantendo um forte controle imperial sobre o Legislativo e o Judiciário. Além disso, a nova constituição instituiu o voto censitário, restringindo a participação política a uma parcela da população que possuía determinadas condições financeiras.

É evidente, portanto, que a primeira constituição nacional nada teve de democrática ou representativa, tendo sido promulgada a partir da interferência do Imperador e sua oposição à instauração de um sistema menos centralizado.

3.2 A Constituição de 1891

O Manifesto Liberal, publicado em março de 1869, consistiu em um primeiro impulso em direção à República. Pouco depois, em 1870, fundou-se o Partido Republicano, cujo manifesto inaugural já defendia que a República nascesse sob a forma federativa, nos seguintes termos:

O regime da Federação, baseado, portanto, na independência recíproca das Províncias, elevando-as à categoria de Estados próprios, unicamente ligados pelo vínculo da mesma nacionalidade e da solidariedade dos grandes interesses da representação e da defesa exterior, é aquele que adotamos no nosso programa, como sendo o único capaz de manter a comunhão da família brasileira (Melo Franco, 1960, p. 118).

Os outros objetivos do movimento republicano identificavam-se com as reformas que não se conseguiram efetivar ao longo de toda a extensão temporal de nosso Império, tais como o fim do Poder Moderador, a periodicidade do Senado e a abolição da escravatura, além da transmutação do Império em República (Melo Franco, 1960, p. 118).

O declínio e queda do Império culminaram no golpe de Estado que, em 15 de novembro de 1889, proclamou a República. O Decreto nº 1, redigido por Rui Barbosa, foi expedido nesse mesmo dia, vindo então a funcionar como uma Constituição provisória e de emergência. Evidentemente que não se tratava de Decreto no sentido técnico, e os rótulos não podem ser determinantes para atentar ao conteúdo efetivo que carregam em si, mas sim de verdadeiro texto normativo de transição, antessala da nova Constituição que viria a ser efetivamente proclamada.

Por essa razão, como ensinam Bonavides e Andrade:

A Constituição da Primeira República tem um lugar singular na História Constitucional do Brasil como obra de dois poderes constituintes de primeiro grau: o primeiro, o poder constituinte do Governo Provisório, revolucionário e fático, na plenitude ilimitada do exercício de todas as competências; o segundo, o poder constituinte do Congresso Nacional, poder de direito, emanado do anterior com a tarefa precípua de fazer soberanamente a Constituição dentro das linhas mestras da revolução republicana e federativa, de que o Governo Provisório fora a personificação extrema (Bonavides; Andrade, 1991, p. 210).

Embora o contexto histórico e os pleitos reivindicados pelo movimento que culminou na Constituição de 1891 tenham surgido em uma maior democraticidade e participação popular, não se pode ignorar que o Governo Provisório criou Comissão Especial composta por apenas cinco membros,⁴ com o fim de elaborar o Anteprojeto de Constituição, a ser posteriormente apreciado pela Assembleia Constituinte.

O projeto apresentado por esta Comissão ao Governo Provisório sofreu, ainda, alterações antes de ser remetido à Assembleia Constituinte, em especial por obra de Rui Barbosa. Este foi o responsável pela redação do federalismo e do presidencialismo sob tão forte influência do modelo norte-americano. As formulações encampadas pela Constituição eram, contudo, teóricas e distantes da realidade político-social brasileira. Nas palavras de Bonavides e Andrade: “As elites fizeram então da sociedade um laboratório constitucional” (Bonavides; Andrade, 1991, p. 8).

3.3 A Constituição de 1934

Com a Revolução de 1930, instaura-se o Governo Provisório com Getúlio Vargas à frente. O então governador convocou a Constituinte que, ao fim de seus trabalhos, em julho de 1934, o elegeu Presidente.

A Constituição de 1891 foi inicialmente substituída pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório. Como realça Afonso Arinos de Melo Franco:

Esse diploma legislativo, chamado impropriamente decreto (denominação que, no Direito Público brasileiro, tem antes um sentido mais restrito, executivo e regulamentar), é, na verdade, uma lei constitucional provisória oriunda de um poder de fato. Esta lei, redigida na sua maior parte pelo ilustre jurista Dr. Levi Carneiro, ao mesmo tempo que estabelece uma certa limitação

⁴ Presidida por Saldanha Marinho, advogado e deputado geral, a Comissão tinha como membros, ainda, Rangel Pestana (jornalista e senador), Américo Brasiliense, Santos Werneck (nobre e fazendeiro de café) e Magalhães Castro.

jurídica aos poderes discricionários do Governo Provisório, determina, em linhas gerais, o quadro das relações jurídicas públicas e particulares, tais como se deveriam manter após a queda da Constituição de 1891 (Melo Franco, 1960, p.173-174).

Tal “Constituição Provisória” subsistiu, até 16 de julho de 1934, quando houve a promulgação da nova Carta Política. Determinava a dissolução do Congresso Nacional e Casas Legislativas estaduais e municipais, cujas atribuições transferiam-se ao Governo Provisório. Mantinha todas as obrigações contratuais contraídas por entes públicos, mas extinguiu os direitos adquiridos em razão do exercício de funções públicas. Ou seja, durante um período de quatro anos, o país subsistiu sem qualquer Constituição em sentido formal, exceto um decreto que lhe fazia as vezes, sem, porém, impor verdadeiras limitações ao poder do chefe do Governo Provisório.

A Constituição de 1934 teve como principal mérito a quebra da tradição liberal das Cartas que a antecederam e o estabelecimento de uma democracia social. A Carta de 1934 inovou ao trazer essa tendência ao corpo da Lei Maior. Ao encampar direitos de cunho social, veio instaurar, sob forte influência da Constituição de Weimar, mas também com certa inspiração na Constituição mexicana de 1917, uma nova etapa no constitucionalismo brasileiro. Fê-lo sem extinguir os direitos liberais já consagrados. A Constituição de 1934 pode ser considerada alinhada, no campo socioeconômico, a ações e opções implementadas durante os primeiros anos do primeiro governo de Getúlio Vargas. Vale citar, nesse contexto, a criação, em 1931, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, bem como os diversos códigos editados nesse rico período normativo, como o Código de Minas, o Código de Águas e o Código de Propriedade Industrial.

Tratava-se, sobretudo, de afirmar a soberania sobre as fontes de recursos energéticos nacionais, estratégicos ou essenciais.

Não se pode ignorar ainda que esta foi a primeira constituição a contar com a contribuição de uma mulher na sua elaboração. Carlota Pereira de Queiroz, representante do Estado de São Paulo, era a única mulher entre os 214 deputados eleitos para elaborar o primeiro texto constitucional da Era Vargas.

Pela análise de Bonavides e Andrade (1991, p. 219), essa intenção de dispor sobre a esfera social e de intervir na economia, somada à centralização de poderes no Presidente da República, contradizem os aspectos liberais da Constituição e oferecem indícios do que viria a ser o Estado Novo. Acrescentamos que a convocação da Assembleia Constituinte e a Constituição, apesar de anunciadas até mesmo antes da Revolução Constitucionalista, não eram, e efetivamente não foram, suficientes para afastar o temor de que ingressaríamos em um momento ditatorial.

Assim, a vocação democrática e social do texto sucumbiu a ele mesmo, permanecendo em vigor por menos de três anos.

3.4 A Constituição de 1937

O golpe de 1937 aproveitou uma conjuntura que lhe era favorável, diante da descrença em uma Constituição sem qualquer efetividade e de uma crise que, em parte, refletia o conflito europeu entre nazifascistas e comunistas.

Sob o pretexto de que ideologias perigosas ameaçavam nossas instituições, o chefe do governo para garantir a soberania nacional e impedir a agressão externa, como afirmou, dissolveu o poder legislativo e publicou a nova lei fundamental, arvorando-se em poder constituinte (Grellet, 1950, p. 131).

A Constituição de 1937, outorgada com o golpe de Getúlio Vargas, foi a primeira das Cartas Políticas brasileiras a dispensar qualquer atividade constituinte por um órgão de representação popular. Tirou inspiração, em especial, da Constituição polonesa de 1935, razão pela qual passou a ser

denominada “A Polaca”, mas também se influenciou pela portuguesa, de 1933, pela “Carta del Lavoro” italiana e pela Constituição castilhistas de 1891 (Cerqueira, 1993). Em suma, a Constituição de 1934 nasceu de fontes autoritárias.

É verdade que a Carta de 1937 abeberou-se na Constituição de 1934, da qual copiou diversos dispositivos (Miranda, 1938). Aludiu à soberania popular, dispondo que “O poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade” (Brasil, 1937).

Previu um rol de direitos e garantias individuais, abriu capítulos tratando da proteção da família, da educação e da cultura, da ordem econômica. Contudo, os direitos individuais ficaram coartados em relação à Constituição de 1934. Entre outras limitações, é relevante ressaltar a possibilidade de censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo e da radiodifusão, previstos no art. 122, § 15, a, e a pena de morte para outros delitos além dos militares em tempo de guerra, tais como crimes políticos e os homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade, previstos no art. 122, § 13, a-f.

Revela-se aqui com clareza solar a distância que é possível existir entre um texto que proclama o povo titular do poder, mas em nada o inclui em sua formulação e, menos ainda, em sua aplicação.

3.5 A Constituição de 1946

Em 29 de outubro de 1945, uma ação das Forças Armadas derrubou o Estado Novo. Assumiu o poder o Ministro José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, com a função de presidir a transição democrática. Expediram-se as Leis Constitucionais nº 13, de 12 de novembro de 1945, e nº 15, de 26 de novembro de 1945. A primeira delas esclarecia que o Parlamento a ser convocado teria natureza constituinte, com poderes ilimitados, e que, após a promulgação da Constituição,

passaria a funcionar como Poder Legislativo ordinário. A segunda, por sua vez, delimitava os poderes do Congresso Nacional, em sua função constituinte, e os do Presidente da República, enquanto não promulgada a nova Constituição. Aquele estabeleceria as normas constitucionais sem qualquer limitação, enquanto este ficaria responsável pela legislação ordinária de competência da União.

As eleições de 1945 enviaram à Assembleia Nacional Constituinte Deputados e Senadores de vários partidos nacionais, e os trabalhos, que não tiveram por base nenhum anteprojeto, foram iniciados em 1946. Na primeira sessão, o Deputado Hermes Lima salientou que a obra seria mais de restauração do regime destruído pelo golpe de 1937 e, nas palavras de Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho,

[...] realmente, essa tendência restauradora das linhas de 1891 com as inovações aproveitáveis de 1934 (disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família, etc.) foi característica do texto que veio a ser promulgado (Baleeiro; Lima Sobrinho, 2012, p. 10).

Na análise de Celso Bastos, “a Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos” (Bastos, 2002, p. 200). Ao mesmo tempo que atentava ao cenário internacional, marcado com o fim da Segunda Grande Guerra, a Carta de 1946 restabeleceu conquistas obtidas com a Constituição de 1934.

Como ensinam Bonavides e Andrade (1991, p. 417), “a obra dos constituintes de 1946 representou evidente compromisso entre forças conservadoras e forças progressivas atuantes”, o que não é novidade nas assembleias constituintes ocorridas em todo o mundo ocidental. Estas últimas lograram incluir princípios que ficaram conhecidos, pejorativamente, como programáticos, aos quais dificilmente se daria aplicação por meio de Lei (que depende também de arranjo político-partidário). Pela análise de Pontes de Miranda (1963, p. 12-

14), foi a imprecisão constitucional, em relação aos fins do Estado, que fez com que ela padecesse de um dos principais defeitos que também havia maculado as duas Cartas que lhe precederam: a inefetividade.

A análise das diversas ocorrências políticas, nos anos seguintes à promulgação da Constituição, foge ao objeto deste estudo. Importa ressaltar, apenas, que a Carta de 1946, com todos os seus méritos, não pôde produzir efetivas mudanças na realidade brasileira. Os novos dirigentes do país, salvo poucas exceções, ao invés de praticarem os mandamentos constitucionais, optaram por uma postura populista, na linha de Vargas.

O fato então é que a consciência autoritária não se viu atacada em sua raiz, e o populismo se fez uma alternativa trilhada de maneira irresponsável. Ninguém percebeu que a Constituição por si só não poderia garantir os princípios expressos em seu texto. Não se percebeu sobretudo que essa ambiguidade se tornaria insuportável por muito tempo (Bonavides; Andrade, 1991, p. 410).

3.6 A Constituição de 1967

O presidencialismo da Constituição Federal de 1946 foi marcado por levantes militares e golpes de Estado de diversa intensidade até o golpe final de 1964.

A partir desse cenário, surge a Constituição de 1967. Em sua mensagem, encaminhando o Projeto de Lei Maior ao Congresso Nacional, o Presidente Castelo Branco assinalou que a "continuidade da obra revolucionária deverá ficar assegurada por uma nova Constituição, que, a par da unidade e harmonia, representa a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiram" (Cavalcanti; Brito; Baleeiro, 2012, p. 31).

O primeiro Ato Institucional (AI-1), em seu preâmbulo, dispunha:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Cons-

tituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular (Brasil, 1964).

De acordo com o AI-1, contudo, ficava mantida a Constituição de 1946, com as alterações que ele promovia. Perceba-se que é o Ato Institucional que supostamente decide sobre a manutenção ou derrocada de um texto constitucional.

No AI-1, não se falava em dissolução do Congresso Nacional. No entanto, como ressalta Celso Bastos,

Instaura-se uma ordem revolucionária no País que de certa forma já significava a derrocada da Constituição de 1946. Esta só restou em vigor na medida em que o próprio Ato Institucional nº 1 a manteve, o que justifica dizer que na verdade não era mais a Constituição de 1946 que vigia, mas sim o ato de força (Bastos, 2002, p. 210).

Seguiram-se ao Ato Institucional nº 1, nos próximos dois anos, a edição de três atos institucionais e diversas emendas. Na compreensão de Bonavides e Andrade (1991, p. 431-432), “a verdade é que, procurando legitimar-se, o Movimento de 1964 tentava encontrar num texto constitucional novo uma forma de institucionalização”. Mas, segundo os autores, os atos institucionais, em especial o AI-4, provocavam tamanha coação sobre os membros do Congresso, que “não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte”.

O texto constitucional de 1967, é sabido, não instituiu um regime democrático. Seguiram-se manifestações de insatisfação e pressões políticas, em face das quais editou-se, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5, que possibilitava uma severa repressão, dentro da

legalidade estabelecida, dos atos que ele mesmo denominava "subversivos".

Assim, uma vez mais, a constituição refletiu período autoritário, em nada contemplando a vocação de participação e pluralidade.

3.7 A Constituição de 1988

Findo o Regime Militar, tem início o processo de redemocratização e o processo de elaboração de novo texto constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Em um primeiro momento, formaram-se 24 subcomissões, às quais coube deliberar sobre "mais de oito mil proposições e sugestões de preceitos constitucionais formulados ou remetidos pelos constituintes e por entidades externas" (Pacheco, 1958, p. 113). O resultado dessa atividade passou, em seguida, para a análise de oito comissões temáticas, que, posteriormente, submeteriam anteprojetos a uma Comissão de Sistematização. A reunião desses trabalhos, apresentada pelo seu relator, Bernardo Cabral, era tão fragmentada e minuciosa, que se denominou "Frankenstein" (Bastos, 2002, p. 232).

Uma perquirição acerca da ideologia da Constituição promulgada em 1988 leva a indagar sobre quais foram os parlamentares efetivamente responsáveis pela sua elaboração. Estudo desenvolvido por Leôncio Martins Rodrigues, a partir da autodefinição ideológica dos componentes da Câmara dos Deputados, levou à conclusão de que a maioria seria de centro-esquerda e de esquerda moderada. Pesquisas conduzidas por David Fleischer e pela Folha de São Paulo, em que outras

pessoas classificaram os parlamentares, demonstraram o predomínio do centro (Rodrigues, 1987, p. 97-99).

No entanto, não foram os parlamentares os únicos responsáveis pelo conteúdo que integra o nosso atual diploma

político, pois grupos diversos organizaram-se para ter voz nesse importante momento da História democrática nacional.⁵

Inegavelmente, a chamada Constituição Cidadã representa um avanço com relação aos textos anteriores no que se refere ao estabelecimento de um processo de formação mais plural e democrático. Entretanto, não se pode ignorar que, em um país tradicionalmente oligárquico e machista, a participação de relevantes setores da sociedade e contemplação de pautas diversas representaram muito mais um ideal do que uma realidade.

A título de ilustração, pode-se mencionar a participação de apenas 26 mulheres na elaboração da Carta. Tal número representa ínfimos 4,47% do total de congressistas.⁶ Há ainda o fato de que, embora o Brasil abrigue mais de 260 povos indígenas,⁷ existem singelos dois dispositivos constitucionais que os contemplam, abordando os “índios” como se entidade

⁵ Por pressão de grupos organizados, incluiu-se, no regimento interno da Constituinte, dispositivo autorizando a apresentação de propostas de emenda ao Projeto de Constituição por iniciativa popular. O regimento interno da Assembleia Constituinte adotou também a possibilidade de que os Legislativos estaduais e municipais, os tribunais e entidades associativas apresentassem sugestões (Michiles *et al.*, 1989, p. 59-61). Criaram-se formas de articulação que permitiam atender aos mais diversos interesses e colher as assinaturas necessárias às emendas populares: “A mobilização popular que resultou nas 12 (doze) milhões de assinaturas nessas emendas foi obra, evidentemente, de entidades e grupos sociais os mais diversos, a partir do momento em que o instrumento passou a existir e se tornar conhecido. Mas, na conquista e utilização desse novo instrumento, tiveram papel fundamental os plenários, comitês e movimentos de pró-participação popular, como organizações voltadas específica e diretamente para a Constituinte” (Michiles *et al.*, 1989, p. 38).

⁶ Na cerimônia de posse da Assembleia Nacional Constituinte, no dia 1º de fevereiro de 1987, as mulheres sentaram-se juntas, demonstrando a intenção — posteriormente confirmada — de atuar em bloco, se não em todas as questões, ao menos nas diretamente relacionadas aos direitos da mulher e à eliminação das desigualdades entre os sexos. Uma foto publicada no jornal Correio Braziliense, edição de 2 de fevereiro de 1987, capturou o exato momento em que as deputadas, de mãos dadas e erguidas, celebravam, sorridentes, o início dos trabalhos da Constituinte.

⁷ Cf. <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/a-populacao-indigena-no-brasil.htm#:~:text=Quantos%20s%C3%A3o%20os%20povos%20ind%C3%ADgenas,12%20anos%2C%20segundo%20o%20IBGE>.

única fossem, o que desconsidera as peculiaridades de cada povo.

Aliás, antes mesmo do texto constitucional propriamente dito, tem-se o preâmbulo, que, embora anuncie um Estado democrático destinado a assegurar o exercício das liberdades individuais, prossegue afirmando que a Carta é promulgada sob a proteção de Deus. Tal referência remete à religião cristã, embora estejamos em um país culturalmente marcado pela diversidade religiosa, abrigando inclusive aquelas de matriz africana e dos povos originários.

Nesse sentido, embora se reconheçam os avanços, é imperativo que se aponte também a falácia da afirmação de uma constituição plural, diversa e democrática, quando, em sua gênese, o poder constituinte foi uma vez mais exercido majoritariamente por uma parcela política, social e economicamente dominante.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema constitucional brasileiro está fundado na contradição entre a constituição formal e a constituição material. Essa contradição gera uma crise permanente que não foi superada materialmente por nenhuma de nossas constituições.

Com a história de um Brasil Colonial, importamos conceitos eurocêntricos. Introduzimos o Estado Liberal e a valorização do trabalho, quando um segmento da sociedade, como negros, mulheres, povos originários, sempre esteve a latere da participação da sociedade como verdadeiros cidadãos e tomadores de decisão numa legítima democracia. Não por outra razão que Paulo Bonavides sustenta que a crise constituinte costuma atingir os países subdesenvolvidos, assim escrevendo:

A crise constituinte é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente a irre-

torquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembleia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos (Bonavides, 1998, p. 351-352).

Percebe-se que o próprio Direito serviu como sistema legal para referendar o modelo estigmatizante, discriminatório e que recrudesceu as diferenças sociais. O Direito não se emancipou das forças reais de poder que comandaram o modelo constitucional que viveu ao longo dos 200 anos.

O conceito de cidadania implica pertencimento à comunidade política e carrega uma forte base igualitária. Trata-se de uma categoria que classicamente se relaciona com as formas de vida concreta dos indivíduos e das comunidades, o que, no campo da construção da ideia e da prática da cidadania, se desdobra na tensão entre a forma concreta de vida em uma comunidade e o processo crescente de abstração imposto, especialmente, pelo Direito.

Essa abstração do Direito, particularmente do Constitucionalismo Formal, inserindo, de forma universalizante, direitos ao povo como se todos fossem iguais e dotados no mundo das coisas dos mesmos direitos, gera uma distorção profunda. A realidade se mostra apartada do modelo constitucional aparentemente igualitário e fraternal que objetiva uma sociedade justa.

Por isso, há a necessidade de se perceber o Direito e a Justiça de uma forma ampliada. Um novo tipo de articulação entre o universal e o particular, que avance no resgate de uma dimensão concreta de cidadania na sociedade brasileira. Esse é o passo necessário para o Estado Constitucional Brasileiro.

O poder constituinte do povo, na crise constituinte formal-material, é condenado a tornar-se um mero símbolo formal, referendando os conteúdos constitucionais de outro po-

der constituinte, o das forças reais de poder (grupos políticos e econômicos).

A crítica ao modelo brasileiro é reforçada nas palavras de Paulo Bonavides, quando afirma que essa crise não se exaure com a adoção de uma nova constituição, pois diz respeito ao próprio Estado e à sociedade, manifestando-se com a contraposição entre a constituição e a realidade social. A crise constituinte é uma crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro (Bonavides, 1998, p. 164-171, 346-352).

É possível, nesse rumo de ideias, pensar o problema central como o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma “soberania bloqueada”, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude. A propalada estabilidade que se almeja das constituições acabou criando um paradoxo, em função da manutenção de exclusões estruturais.

Sem adentrar propriamente na discussão de Nancy Fraser (2022) se as injustiças perpassam sobre redistribuição de recursos e riquezas ou pelo reconhecimento social, a conclusão é de que o cenário no Brasil é demarcado pela metainjustiça. As lutas pela cidadania revelam a dimensão de dominação que permanece ao longo de todo o constitucionalismo brasileiro, desde sua fundação, estabelecendo uma hierarquia entre grupos e profunda assimetria em matéria de direitos.

A evolução do estado constitucional somente acontecerá se houver uma ampliação das capacidades participativas desse segmento que historicamente sempre foi aliado do processo de tomada de decisões, que nunca foi inserido no contexto de “povo” e, via de consequência, nunca foi o titular do poder constituinte originário. Justamente por isso, o Direito tem esse papel de universalizar, mas sem olvidar as profundas diferenças existentes em nossa sociedade e de concretizar uma verdadeira igualdade.

Enquanto o Estado Constitucional vigente não se emancipar, enquanto seguir o que ditar os orientadores do poder

que acabam por utilizar o próprio Direito para legitimar suas escolhas, não haverá uma sociedade que seja, de fato, justa, igualitária e solidária.

Nas sociedades civis das ex-colônias, importou-se o modelo eurocêntrico, liberal, fundado nos pilares de liberdade, de igualdade e de valorização do trabalho, desconsiderando que indígenas, negros e mulheres não tinham acesso ao mercado de trabalho e, por isso, tornaram-se uma camada da sociedade invisível, já que, sob essa perspectiva, somente o trabalho é que dignifica o homem. Por conta disso, as opções constitucionais emanadas do “povo” refletiram somente os anseios de uma parcela da sociedade, no caso, do segmento que era valorizado no contexto das ideias liberais.

Num cenário em que o constitucionalismo formal guarda um grande distanciamento do constitucionalismo material, o resultado foi catastrófico ao longo dos 200: estruturas racializadas, analfabetismo, exclusão do mercado de trabalho, marginalização, favelização dessa parcela do povo. O Direito que deveria estar atento à essa situação e alterá-la não conseguiu cumprir seu papel. A equalização jurídico-constitucional não garantiu a prática igualitária na realidade social e, por isso, nosso modelo constitucional criou uma condição de subcidadania (ou de não cidadania).

Não por outra razão, Paulo Bonavides refere-se à diferença entre “crise constitucional” e “crise constituinte” que remete a uma resposta igualmente distinta:

Para resolver uma crise constitucional basta reformar a constituição; quando muito promulgar outra constituição. A crise constituinte, ao revés, *representa a enfermidade do próprio corpo social*, por isso raramente pode ser debelada. O Brasil, há mais de vinte anos, enfrenta sem êxito uma crise constituinte e não, em rigor, uma crise constitucional (Bonavides, 1998, p. 98, grifo nosso).

Desse modo, as constituições resultam em textos cuja centralidade do poder constituinte não foi e não é exercida

pelo povo, na medida em que historicamente inexistiu uma verdadeira participação de todos os grupos sociais, mormente aqueles que sempre foram alijados de exercerem plenamente a cidadania, como negros, indígenas, mulheres, pessoas com deficiência, economicamente vulneráveis e outros invisíveis sociais. Enfim, não se pode afirmar que haja poder constituinte legítimo onde o povo é alijado do poder.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 2. (Coleção Constituições Brasileiras).

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. 1946. 3. ed. Coleção Constituições Brasileiras, v. 5. Brasília: Senado Federal, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, [s. l.], v. 12, 1997. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista12.asp>. Acesso em: out. 2024.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Antônio Paes de. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, 9 de abril de 1964. Disponível em: [https:// planalto.gov.br](https://planalto.gov.br). Acesso em: out. 2024.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 6).

CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

FRASER, Nancy. *A justiça Interrompida: reflexões críticas sobre a condição "pós-socialista"*. Tradução de Ana Claudia Lopes e Nathalie Bressiani. São Paulo: Boitempo, 2022.

GRELLET, Odilon Araujo. *Ensaio sobre a evolução do Direito Constitucional brasileiro*. 1950. Provimento de Cátedra - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1950.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A formação do conceito de soberania*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MCCLELLAND, John S. *A history of western political thought*. London: Routledge, 1996.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Forense, 1960.

MICHILES, Carlos et al. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1963.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1937*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. 1

PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

PÁDUA, Marcílio de. *O defensor da paz*. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Quem é quem na constituinte*. São Paulo: Oesp-Maltese, 1987.

SIEYÈS, Emmanuel. *A Constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

200
años



O PODER E A CONSTITUIÇÃO

POWER AND THE CONSTITUTION

Luís Carlos Balbino Gambogi¹

RESUMO

O Estado normatiza as múltiplas relações de poder que se desenvolvem no interior dos poderes sociais, além de constituir, ele próprio, o poder jurídico-político. Mas o poder, como fenômeno que nasce da prática social, perpassa não só a ordem jurídico-política, o Estado, mas também o tecido social em suas intrincadas e complexas formas e interesses. Pode-se mesmo dizer que o Estado e a sociedade trocam energia continuamente, cabendo à sociedade exercer uma espécie de poder político de fato, a soberania, e, ao Estado, o poder jurídico-político. Não obstante, o poder político-jurídico, responsável que é pela relação governantes/governados, dentre todos os poderes, constitui a relação de poder mais influente e visível, uma vez que lhe cabe pensar e ditar políticas públicas, e, ao mesmo tempo, normatizar, impor regras e limites ao organismo social como um todo. O texto foi dividido em introdução, desenvolvimento com três capítulos, em que foram destacados o conceito de poder, a sua relação com o Estado, a sua legitimidade, com a correlação e completa compreensão sobre os referidos institutos ao final, na conclusão do estudo. Como referencial teórico foram abordadas as principais teorias sobre o poder, desde os clássicos, como Hobbes e Rousseau, até autores mais

¹ Professor titular aposentado da Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (Fumec) e desembargador da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, provendo a vaga destinada ao advogado (art. 94 da Constituição da República), doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1979), foi chefe de gabinete da Secretaria de Educação, secretário de Administração do Estado de Minas Gerais e secretário adjunto do Trabalho e Assistência Social, foi Deputado Estadual Constituinte. *E-mail*: gambogi@tjmg.jus.br.

contemporâneos, como Foucault e Castells, utilizando-se, para tanto, a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: poder; constitucionalismo; estado democrático de direito; legitimidade; legitimação.

ABSTRACT

The State regulates the multiple Power relations that develop within social powers, in addition to constituting, in itself, the juridico-political Power. However, Power, as a phenomenon that arises from social practice, permeates not only the juridico-political order, the State, but also the social fabric in its intricate and complex forms and interests. It can even be said that the State and society continually exchange energy, with society exercising a kind of de facto political power – sovereignty – and the State exercising juridico-political power. Nevertheless, the political-juridical power, responsible for the relationship between ruler and ruled, constitutes, amongst all powers, the most powerful and visible Power relation, since it is responsible for formulating and dictating public policies, while, at the same time, regulating, imposing rules and limits on the social organism as a whole. The text was divided into an introduction, development with three chapters, in which the concept of power, the relationship between power and the State, and the legitimacy of power were highlighted, with the correlation and complete understanding of these institutes at the end, in the conclusion of the study. As the theoretical framework, the main theories on power were addressed, from the classical thinkers such as Hobbes and Rousseau to more contemporary authors, such as Foucault and Castells, employing bibliographical research, through the deductive method.

Keywords: power; constitutionalism; democratic rule of law; legitimacy; legitimation.

1 INTRODUÇÃO

O poder, elemento de força relacional que movimenta as relações sociais, é um conceito intrigante, pelo que, há séculos, ocupa relevante espaço na pesquisa acadêmico-filosófica, alcançando ainda mais destaque no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

A complexidade e a multidimensionalidade do poder exigem uma análise aprofundada, que considere tanto as dimensões históricas e teóricas quanto as manifestações contemporâneas, uma vez que a legitimidade e a legitimação do poder, em uma sociedade democrática, decorrem de um contínuo processo de aplicação e ressignificação das normas jurídicas.

Este artigo tem o objetivo de analisar a evolução do conceito de poder, quer em suas diversas formas de manifestação, quer em suas implicações nas relações sociais e políticas. O que se quer compreender é como o poder se configura nas diferentes esferas da vida social, desde as relações interpessoais até as dinâmicas globais ou macro, com destaque à legitimidade desse poder.

Além disso, este estudo visa a identificar os principais desafios e debates contemporâneos relacionados ao poder, tais como a sua concentração em determinadas instituições, a sua relação com o conhecimento e os seus impactos na sociedade. Ao abordar essas questões, este trabalho deve contribuir para uma compreensão mais aprofundada do papel do poder na construção das sociedades e na formação das identidades individuais e coletivas. Para tanto, é indispensável a análise da legitimidade/legitimação do poder, com foco no papel da Constituição como fonte de legitimidade e na importância da separação dos poderes.

O texto foi dividido em introdução e desenvolvimento, com três capítulos, em que foram destacados o conceito de poder, a sua relação com o Estado e a sua legitimidade, com

a correlação e completa compreensão dos referidos institutos ao final, na conclusão do estudo.

Assim, a relevância da pesquisa decorre da necessidade de se compreender como o poder é formado, exercido, legitimado e resistido, o que possibilita analisar os desafios e as oportunidades que se apresentam às sociedades contemporâneas no que tange ao aperfeiçoamento da relação sociedade/poder.

Para tanto, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, oportunidade em que serão abordadas as principais teorias sobre o poder, desde os clássicos como Hobbes e Rousseau até autores mais contemporâneos como Foucault e Castells.

A partir de uma revisão crítica da literatura filosófica que aborda o conceito de poder, pretende-se identificar as principais tendências e desafios à compreensão e ao seu exercício nas sociedades contemporâneas.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE PODER

Induvidoso que o poder é inerente à sociedade humana, é conatural ao homem. Em nossa fase primitiva, manifestava-se como dominância, isto é, dada capacidade inata ou adquirida de um membro do agrupamento social sobressair e influenciar os demais. Vencido o período da dominância, ainda na fase inicial do nosso processo civilizatório, o poder vai se assentar na força. Aquele que vencesse uma disputa impunha sua vontade, exercia poder sobre os demais.

Pouco a pouco, no entanto, a inteligência foi substituindo a força bruta e o poder passou a adquirir contornos de civilidade. Segundo Hobbes, cuja teoria, para alguns filósofos, serve de fundamento ao Estado moderno, a passagem do estado de natureza para o Estado civil, do estado apolítico ao Estado político, dá-se no momento em que cada um dos membros do estado de natureza abdica de se valer de seu próprio poder para entregá-lo a uma única pessoa, ente ou corpo, com o propósito

de que concentre o poder de todos e que goze de autoridade para, se necessário, usar o poder concentrado mesmo contra os que o outorgam ao Estado civil, que conta com capacidade de usar do próprio poder outorgado para solucionar conflitos e propor políticas no exercício do poder (Hobbes, 1983).

Discorrer sobre o poder, sua natureza e anatomia e suas formas de manifestação requer que se evoque Georges Burdeau, autor francês, o qual sustenta que, “na organização política das sociedades, o fenômeno principal não é o Estado, é o poder” (Burdeau, 1947, p. 13). É dizer: conhecer e compreender a ordem jurídico-política, o Estado, pressupõe compreender o poder.

Em verdade, o organismo social, com o seu natural amadurecimento, passa a se submeter a regramentos racionais, nascidos da inteligência política e ética do homem, sobretudo porque “o mais forte nunca o é o bastante para ser sempre o amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever” (Rousseau, 1973, p. 38).² Segundo a perspectiva mecanicista, acolhida neste artigo, o poder manifesta-se nas sociedades humanas como algo ínsito à própria vida social,³ como uma espécie de energia presente em toda e qualquer relação social.⁴

O poder — como bem o conceituou Bertrand Russell — “é a energia social que move a sociedade” (Russell, 1938, p. 125). Para Russell, vocábulo tem origem na expressão latina possum, que significa “ser capaz de” (Russell, 1938, p. 125). Nas palavras de Hannah Arendt, o poder “não necessita de justificação, mas,

² Organicistas e mecanicistas disputam, no campo teórico, qual corrente explica melhor o poder. Os mecanicistas são contratualistas; os organicistas não só negam o contrato social como sustentam que as sociedades se caracterizam pelo exercício constante do poder de uns sobre os outros. A verdade é que, quer para um, quer para outro campo teórico, o homem é o criador e a criatura do poder.

³ Deve-se esclarecer que, vencida a fase da dominância, a liberdade inicia o seu ciclo de florescimento até que passe a preceder o poder e a submetê-lo, mediante a instituição da ordem político-jurídica, o Estado.

⁴ Dir-se-ia, sem prejuízo à liberdade, porém numa linguagem psicanalítica (Freud, Lacan) que o homem é essencialmente desejo e que o poder é objeto do desejo. Segundo o entendimento filosófico, o homem é um ser desejante que deseja ser desejado (Nietzsche, 2008).

sim, de legitimidade" (Arendt, 2001, p. 41), condição para o seu exercício. Impende consignar que o advento da modernidade mudou os critérios de legitimidade do poder, isto é, se antes o poder tinha assento na metafísica e numa relação de força (estado absoluto), da modernidade em diante, passa-se a exigir que usufrua de legitimidade.

Em brevíssimas linhas, ao discorrer sobre o poder, pontua Castells:

Na teoria social através da história temos duas grandes interpretações: o poder baseado na coerção ou na persuasão. As duas relações se influenciam mutuamente, mas o que podemos observar empiricamente é que o poder que se embasa apenas na coerção é um poder débil, porque sempre há formas de escapar da coerção e, em algum momento, se rompe a dependência (Castells, 2013, p. 26).

A origem do poder sempre está nas relações sociais: são as relações intersubjetivas, as lutas sociais e políticas, os confrontos e o diálogo entre os que se opõem, e os que convergem, o que verdadeiramente vai gerar, produzir o poder. Pode haver relações de poder entre pessoas, entre organizações e entre Estados. Com efeito, podem as pessoas, as organizações (ONGs, sindicatos, entidades culturais, assistenciais educacionais, dentre outras) e os Estados gerar o poder, que tem origem relacional, bem como podem exercê-lo. "As relações de poder são o fundamento das organizações, das instituições e das sociedades. São o DNA das sociedades, porque delas deriva tudo o mais" (Castells, 2013, p. 31).

No âmbito do que denominamos social, as relações revelam conflitos entre interesses, divergências entre princípios, entre valores e entre posições ideológicas opostas. Eis porque relações de poder são mediadas pela política, cuja característica central é a de construir consensos e, assim, evitar que conflitos cresçam, se agudizem, tornem-se irreconciliáveis.

Há difusão de poder entre participantes dentro da estrutura da organização, notadamente den-

tro da grande empresa moderna e do órgão público moderno. [...] Cresce a difusão pessoal de poder e, ao mesmo tempo, a concentração de poder. "A medida em que a personalidade vai cedendo lugar à organização, há, inevitavelmente, uma participação mais ampla no exercício do poder" (Galbraith, 1986, p. 187).

Aristóteles, embora considerasse natural, entre os humanos, as relações sociais e racionais, antecipando-se a Hobbes e ao que hoje conceituamos Estado de Direito, conclui que, "sem lei, sem coerção, o homem seria desejoso de guerra e respectivamente o pior dos seres vivos". Portanto, o Direito constitui pressuposto necessário ao exercício da cidadania porque, como argumenta Aristóteles, em sua obra *A política*, "a justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, sendo o Direito o meio pelo qual se determina o justo [...]" (Aristóteles, 1963, p. 22).

Depreende-se que, por essa linha de raciocínio, aproxima-se, e muito, de Michel Foucault, para quem o poder não se resume ao Estado nem é gerado pelo capital, ou seja, o poder perpassa todas as instâncias sociais e culturais. Michael Foucault, ao quebrar ao meio a visão tradicional do poder, esclarece que estudar o fenômeno poder, no âmbito do Estado e do mundo jurídico, não se mostrou eficiente, haja vista que adquiriu uma interpretação estreita, reducionista, isto é, só foi estudado e compreendido sob o ângulo do poder político (Foucault, 1982).

Na perspectiva de Michel Foucault:

[...] o poder não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente. [...] Não existe de um lado os que têm poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados. Rigorosamente falando, o poder não existe; existem práticas sociais ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona (Foucault, 1982, p. x, xvi).

Infere-se que não é monopólio do Estado o exercício do poder, já que este pode estar tanto no âmbito “micro” quanto no âmbito “macro”, tanto em segmentos da sociedade quanto no Estado. Em sua expressão individual, todos nós o temos, em maior ou menor escala, e todos nós o queremos, isto é, exerce poder aquele que propõe uma solução a dado problema vivido pela comunidade e exerce poder aquele que impede o êxito político dessa proposta, visto que o empoderamento consiste exatamente no fato de o homem adquirir consciência de suas qualidades e capacidades, e de ação. O exercício do voto nas sociedades democráticas, por exemplo, é o exercício do poder individual, ínsito a cada um dos membros daquela sociedade, com o intuito de legitimar o macropoder, o poder jurídico político.

Escreve Michel Foucault:

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão [...] (Foucault, 1982, p. 183).

Conclui-se que o poder permeia todo o espaço social, isto é, não há identidade, em termos absolutos, entre poder e estrutura estatal. Pode haver relações de poder entre pessoas, entre organizações, no interior das organizações, no interior do Estado e entre Estados. Nada é neutro ou está isento do poder. O poder, naturalmente, é exercido pelo homem e pressupõe, sempre, o outro no plano da relação social, razão pela qual o homem tanto pode ser sujeito quanto pode ser objeto do poder social.

Para Foucault (1982), o poder deriva das suas relações e das suas práticas, que inúmeras vezes se dão dentro dos núcleos em que os micropoderes se encontram disseminados,

enraizados, operando em rede, nas relações cotidianas, nos fenômenos capilares e periféricos. De todo modo, é indubitável que não há relação subjetiva ou objetiva fora do poder. Da família à escola, da escola ao trabalho, do trabalho ao lazer, nada escapa às relações de poder. Em verdade, o poder é exercido sobre pessoas que, por sua vez, também o exercem sobre integrantes de uma sociedade. Enfim, todos os membros da sociedade exercem e sofrem os influxos do poder.

Nas palavras de Manuel Castells, as relações de poder são elementos constitutivos das sociedades porque delas, dessas relações, nascem as instituições, dentre as quais, por razões já bastante exploradas, têm maior importância as instituições estatais, visto que são para onde convergem, em última instância, todas as relações de poder travadas no coração da sociedade (Castells, 2013).

O poder, na perspectiva deste trabalho, quer se manifeste como poder econômico, ideológico, social ou político, não deve ser compreendido como território da paz. Ao contrário, trata-se de um campo em que os atores sociais lutam, com todas as suas forças, para fazer prevalecer sua ideologia, seu domínio econômico, social, cultural ou político.

As lutas que travam os homens, que se dão no âmbito das relações humanas, acabam por constituir a energia vital que movimenta a vida social. Como pontua Manuel Castells, “onde há poder, há contrapoder” (Castells, 2013, p. 19). Portanto, tanto no espaço público quanto no privado, os homens se empenham por conquistar o poder, por obter e por exercê-lo.

3 O PODER E O ESTADO

O Estado normatiza as múltiplas relações de poder que se desenvolvem no interior dos poderes sociais, além de constituir, ele próprio, o poder jurídico-político. Mas o poder como fenômeno que nasce da prática social, perpassa não só a ordem jurídico-política, o Estado, mas também o tecido social em suas intrincadas e complexas formas e interesses. Pode-

se mesmo dizer que o Estado e a sociedade trocam energia continuamente, cabendo a esta exercer uma espécie de poder político de fato, a soberania, e, àquele o poder jurídico-político. Não obstante, o poder político-jurídico, o Estado, responsável que é pela relação governantes/governados, dentre todos os poderes, constitui a relação de poder mais dominante e visível, uma vez que lhe cabe pensar e ditar políticas públicas, e, ao mesmo tempo, normatizar, impor regras e limites ao organismo social como um todo.

Como, mesmo com a presença do Estado, os conflitos humanos e sociais não cessam, ainda que o Estado possa coibi-los e punir aqueles que excedam os limites impostos pela Constituição e pelas leis, o poder, no plano fático, permanece nas mãos do corpo social, como se fosse uma saudável fonte rejuvenescedora do poder-estatal. É em razão desse traço que o organismo social, periodicamente, passa a exigir que o poder concentrado nas mãos do Estado retorne à sua fonte primária, ao povo, e beba das águas que lhe conferem legitimidade. O poder estatal, então, alimentado pela legitimidade e sujeito à Constituição, passa a ter assento no Direito, expressão jurídico-política da soberania.

Ainda que para construir um contraponto ao modo como até aqui se interpretou o poder, evoca-se a respeitabilíssima figura de Max Weber. Para o autor, o poder deve ser entendido como uma relação entre pessoas, entre agentes sociais, isto é, deve ser entendido como uma relação entre vontades.

Segundo Weber, o poder se resume à

[...] oportunidade existente dentro de uma relação que permite a alguém impor a sua própria vontade mesmo contra a resistência e independentemente da base na qual esta oportunidade se manifesta. O conceito de poder é sociologicamente amorfo. Todas as qualidades concebíveis de uma pessoa e toda combinação concebível de circunstâncias podem pôr alguém numa situação na qual possa exigir obediência à sua vontade. (Weber, 1987, p. 107).

Haure-se que, quando Weber sustenta que o poder é amorfo, ele argumenta que, a depender das circunstâncias e situações, sempre haverá alguém em condições de exercê-lo ou de exercer qualquer um dos poderes difusos que se encontram no âmbito do que chamamos sociedade civil. Enfim, da coexistência humana nasce o poder, dada energia social relacional que movimenta o organismo social. Pode ser pessoal ou institucional: é pessoal enquanto exercido como soberania individual, ínsito à pessoa humana, fruto de sua autodeterminação, característica inalienável, que se manifesta pela liberdade, pela vontade, pelas deliberações, pelas opções feitas, normalmente regidas, em parte, por regras morais e, em parte, por regras jurídicas, além de, naturalmente, de normas contratuais e de decisões judiciais.

Sob o ângulo da institucionalização do poder, também denominado poder estatal, este se manifesta como produto da soberania coletiva, sempre regido por normas jurídicas, visto que se manifesta como ordem político-jurídica, como Estado, aparelho que detém o monopólio do poder de coagir.

4 DA LEGITIMIDADE DO PODER

A partir da modernidade, o poder passa a ter fundamento na Constituição, no Direito, o qual, por sua vez, espelha o equilíbrio construído pelas relações de poder travadas no âmbito da sociedade, sob o conceito de soberania. O poder, uma vez institucionalizado, adquire conteúdo jurídico, isto é, desenvolve-se e manifesta-se sob a forma jurídica, por meio de um código jurídico, a Constituição. Institucionalizado sob o pálio do Direito, o poder deixa de ser o que é definido por Weber: “a possibilidade de impor, numa relação social, a própria vontade contra vontades opostas” (Weber, 1997, p. 47).

Para Hannah Arendt, que se situa em posição oposta à de Weber, “há uma ilusão de que poder e força seriam a mesma coisa [...]. Porém, poder e força não são a mesma coisa quanto

à sua origem e sentido original; em certos sentidos, chegam a ser antagônicos" (Arendt, 2007, p. 79).

Para a autora, "o poder corresponde à capacidade não somente de agir, mas de agir de comum acordo" (Arendt, 1989, p. 123-124), ou seja, o poder como contraponto à violência. É que, para Hannah Arendt, o poder legítimo, que goza de autoridade para refrear e sancionar a violência ou a ilicitude praticada contra a ordem jurídica, é gerado pela convivência no espaço público, território da cidadania, da participação, campo da interação e da cooperação entre os homens na consecução da vida social e coletiva.

O pensamento da autora parte da premissa de que poder e violência não são palavras sinônimas, sendo a violência o avesso do poder, uma vez que a violência decorreria da ausência do poder, de uma lacuna que abriria o flanco a que ideologias totalitárias ou a que meros regimes arbitrários se aproveitassem dessa fragilidade para se instaurar e subjugar a sociedade em nome de uma promessa de estabilidade que lhe faltou quando o poder legítimo se fragilizou ou se mostrou lacunoso. Nesse momento, sim, teríamos a violência, a qual, mesmo que com ares de legalidade, encarnaria o exercício da legalidade ilegítima, autoritária ou totalitária, totalmente indiferente ao princípio da soberania popular e aos direitos fundamentais.

À luz do pensamento de Hannah Arendt, equivocava-se aquele que vê o poder sob a perspectiva repressiva porque nenhum sistema econômico, social, político ou ideológico conseguiria sobreviver sem legitimidade, isto é, sobreviver alicerçado apenas no aparato repressivo. Poder demanda legitimidade, exige a presença do fundamento social e político que lhe confira autoridade para atuar sem que a ação possa ser interpretada como violência porquanto para Hanna Arendt "violência não é Poder, é arbítrio, exacerbação, autoritarismo, ditadura ou totalitarismo" (Arendt, 1989, p. 125).

A legitimidade a que se refere a autora, nas sociedades democráticas contemporâneas, tem, naturalmente, assento na soberania popular, soberania esta exercida sobretudo para

que haja legitimidade na organização do Estado Democrático de Direito, uma forma de Estado que se institucionaliza e opera sob a vontade da soberania, mas regida pelo Direito posto por essa mesma vontade soberana (Arendt, 2007).⁵

Em outras palavras, é pela Constituição que o Direito racionaliza e normatiza as várias formas de manifestação do poder. Constitucionalizado, manifesta-se como instrumento para a consecução das políticas Legislativa, Executiva e Judiciária, desenvolvidas e implementadas pelos órgãos que exercem as funções do Estado, que lhes são próprias. "O poder do Estado é o poder organizado pelo direito positivo, é o poder do direito, ou seja, a eficácia do direito positivo" (Bobbio, 2008, p. 161).

As modernas constituições ocidentais, abertas e pluralistas, já nasceram com o compromisso democrático de trazer, para dentro de si, a expressão das relações sociais e, com elas, os conflitos que lhe são inerentes. Em verdade, talentosos homens do Direito e da política como, por exemplo, Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller e F. Lassale, que viveram aquele momento rico de construção da teoria da constituição, tiveram a oportunidade de, a partir de matéria de natureza jurídico-política, desenvolver conceitos jurídicos inovadores. Sob essa perspectiva, Direito e política não só se aproximaram, como passaram a ser entendidos sob a perspectiva de categorias jurídico-teóricas que desembocaram no coração da teoria jurídica do político. Com efeito, tornaram-se as modernas constituições do ocidente, espaço para a

⁵ Hanna Arendt não desconhece que a praxis política passou a ser compreendida como sinônimo de atividade profana, imoral, suja, simulada e dissimulada, entendimento que — segundo ela — acaba por afastar os que poderiam exercê-la com inteligência e competência, e a atrair os que da Política deveriam se afastar ou serem afastados. A autora atribui ao preconceito a maior parte dos motivos pelos quais a Política é depreciada, advertindo que é extremamente perigoso admitir o desaparecimento da Política porque geraria um abismo institucional que sempre termina na dominação despótica. No tocante ao preconceito, a autora escreve que, não obstante nele haja perigo, risco à democracia, pode-se, pela reflexão, vencê-lo. Para Hanna Arendt, Política e Liberdade encontram-se ligadas: a Liberdade como objetivo final da Política e fronteira para o seu exercício (Arendt, 2007, p. 67).

disputa político-jurídica (Herrera, 2012).

Segundo Kelsen, aqui interpretado por Bobbio, o seu mais fiel escudeiro,

[...] para uma teoria positivista do direito, a noção de norma não pode ser dissociada da noção de poder. Norma e poder são duas faces de uma mesma moeda [...] É errado descrever o Estado como um poder que está por trás do direito, pois essa definição faz supor a existência de duas entidades separadas, das quais só uma existe: o ordenamento jurídico (Bobbio, 2008, p. 157, 176).

Para Lourival Vilanova, “o Estado começa e termina ali onde começa e termina o Direito. Não obstante, na linha do que pensamos, escreve o autor que o Estado não é idêntico ao Direito porque o Direito é constituinte do Estado, mas não é o único” (Vilanova, 2003, p. 238). Em um Estado de Direito Democrático, o poder se dissolve no Direito tal qual uma pitada de sal se dissolve num jarro d’água. É que a Constituição, na ordem democrática, é um ato de soberania da sociedade civil, do povo, que não só institui o Estado, mas que, antes dele, institui a Constituição, documento jurídico-político que absorve e concentra a legitimidade que lhe confere a soberania popular, ao tempo em que exerce a função de limitação do poder. Institucionalizado, não haverá poder contra, acima e/ou fora da Constituição.⁶

O poder constitui a ordem jurídico-política e esta o normatiza por meio da Constituição e das leis. A Constituição,

⁶ É de se pontuar que aqui assim se faz uso da expressão poder, embora se entenda que se comete equívoco conceitual denominá-lo um epifenômeno que, em verdade, não o é porque a Constituição, e somente ela, recepciona e exprime o poder outorgado pela sociedade no exercício de sua soberania. Portanto, não obstante outorgado, é sob as balizas da Constituição, da qual os agentes políticos não podem se desviar, que esses mesmos agentes políticos cumprem seus deveres constitucionais, o que leva a concluir que o Poder outorgado concentra-se na Constituição, a qual, por sua vez, fixa competências, atribuições e funções a serem desempenhadas pelos agentes políticos, seja ele um deputado, senador, presidente da República, magistrado ministro de Estado ou ministro do STF. Logo, os agentes políticos exercem competências, atribuições e as funções que a Constituição lhes confere, não poder.

que tem seu fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político (art. 1º, de I a V), não só institucionaliza como divide o Poder institucionalizado em três: Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º da Constituição de 1988) (Brasil, [2024]). Ao mesmo tempo, a Constituição, o Direito, impõe limites materiais e formais ao Poder, que, naturalmente, demandará legitimação e legitimidade para se manter democrático.

É de se pontuar que, em uma ordem jurídica democrática, legitimidade e legitimação são postulados ínsitos ao sistema. Os conceitos, às vezes confundidos, são distintos. Legitimação vincula-se à realidade social, deriva de um processo constante, permanente, perene, e visa a construir a legitimidade ato a ato, atividade a atividade, produto a produto; legitimidade, ao contrário, radica-se, assenta-se na soberania e se reflete no sistema jurídico-político, norma a norma, constituindo-se na medida em que exprime e agrega os valores sociais que balizam a ação da autoridade. Em uma palavra, a legitimidade se conquista por meio da função legislativa; a legitimação, pela função administrativa ou jurisdicional. A primeira função produz a lei; a segunda aplica-a. Diríamos — inspirando-nos em Klaus Günther — que a função legislativa pressupõe a justificação; a função administrativa requer a motivação; a jurisdicional exige a fundamentação, que pressupõe o contraditório dialógico (Günther, 2000).

A legitimidade e a legitimação, contudo, pressupõem que o Estado esteja organizado como Estado Democrático. Do contrário, faltariam ao próprio Estado as condições, ou seja, o ambiente institucional, social e político para conquistar legitimidade para si mesmo. O modelo democrático contemporâneo exige que todos aqueles que integram o organismo social, inclusive os grupos minoritários, usufruam das liberdades públicas e sejam tratados como iguais em direitos e em dignidade, sendo a dignidade uma qualidade inata a todo ser humano, intrínseca à sua personalização,

que dele faz titular da identidade e da integridade; logo, digno de respeito, quer do Estado, quer da sociedade, pelo que lhe são assegurados os direitos e os deveres que todos os seres humanos têm.

A legitimidade, desde a origem do constitucionalismo, a partir da lógica da separação dos poderes, centra-se na soberania popular, que não se estende ao Judiciário, salvo exceções. Este, na linha do suscitado por Max Weber (1970), passou a tirar sua legitimidade da racionalização fundada na legalidade. Com efeito, a legitimidade do Judiciário assenta-se na legalidade. A lei, no entanto, para preservar a legitimidade que confere ao Judiciário, sem perder sua lógica formal e operacional, deve ser continuamente ressignificada, pela doutrina e pelo Judiciário, de modo a incorporar o valor e o sentido substancial da razão histórica que justificam os atos do poder.

É que, para se manter legitimadora, a lei necessita dialogar com a realidade que rege, pondo-se, sempre, como objeto das valorações sociais. Desse modo, a legitimidade conferida pela lei opera como uma obra em aberto, numa permanente reconstrução de si mesma. Como a legitimidade requer, pressupõe um juízo de valor sobre a validade das normas, a legitimidade acaba por ser uma questão ontologicamente ética e, também, de ordem política.

No que toca à legitimação, compreendida como um processo em que se faz a avaliação empírica do grau de aceitação da ordem jurídico-política, alguns modos e formas, já desenvolvidos ou em desenvolvimento, podem ser destacados. Um deles, fora de dúvida, está no conhecimento. Como pontuou Weber (1970), a racionalidade e o domínio científico constituem meios para se conquistar e alimentar a legitimação, porque em sociedades estruturalmente complexas, como são as sociedades contemporâneas, o conhecimento constitui condição para se decidir e agir com eficiência e com razoáveis chances de acerto.

A Constituição, ao normatizar o poder político, o faz à luz dos fatores sociopolíticos, econômicos, éticos, culturais de um dado momento histórico, mas, para se manter legítima, acompanha os passos da sociedade. A Constituição democrática tem assento na legitimidade, sua validade material, ou seja, não se resume ao seu texto normativo, a validade formal, uma vez que está sempre a acompanhar os ideais da sociedade que a constitui. Com efeito, retrata o momento histórico em que se deu a constituinte e segue viva por meio das emendas e da interpretação que lhe damos à luz do momento histórico em que se dá a interpretação/aplicação. Assim, ao tempo em que confere legitimidade à ordem político-jurídica, permite que os órgãos do Estado, ao exercerem suas competências e funções, possam fazê-lo mediante a legitimação constante de seus atos.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a evolução do conceito de poder ao longo da história e suas diversas manifestações. A partir da pesquisa da literatura e da análise de diferentes perspectivas teóricas, conclui-se que o poder é um fenômeno complexo e multifacetado, que se transforma ao longo do tempo e do contexto histórico e social.

Foi trabalhada a intrínseca relação entre poder e Direito, especialmente no contexto das democracias contemporâneas. As modernas constituições, ao institucionalizarem o poder e delimitarem seus limites, elaboram um contrato social que legitima o exercício do poder político. Tem-se, portanto, que o poder não se encontra acima do Direito, mas, sim, submete-se a ele.

A Constituição, ao normatizar o poder político, exerce não apenas uma função de organização, mas também de limitação, pelo que reflete o pacto social entre governantes e governados. Para se manterem vigentes e efetivas, tanto a legitimidade conferida pela soberania popular quanto a legitimação contínua dos atos do poder necessitam de um diálogo constante

com a realidade social e política. Esse processo compreende a resignificação da lei, adaptando-a aos valores sociais em transformação e aos demais fatores que perpassam o organismo social, afora a constante avaliação da aceitação pública da ordem jurídico-política. O Judiciário, por sua vez, legitima-se pela racionalidade formal e pela legalidade, necessitando, no entanto, de uma leitura contextual e histórica da norma para preservar sua função dentro do Estado.

A legitimidade do poder, nesse contexto, não se restringe à mera legalidade formal, mas exige a sua constante atualização e adequação às demandas sociais. A legitimação do poder se dá por meio de um processo dinâmico e complexo, que envolve a participação cidadã, a soberania, a transparência das instituições e a efetividade da justiça. A separação de poderes, a garantia dos direitos fundamentais e a responsabilização dos governantes são mecanismos essenciais para a manutenção da legitimidade do poder político. Assim, conclui-se que o Estado Democrático de Direito se sustenta mediante uma interação contínua entre poder, legalidade e legitimidade.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumerá, 2001.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Atena, 1963.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Livreria Gen  n  rale de Doit et Jurisprudence, 1947.

CASTELLS, Manuel. Comunica  o e poder. *Fronteiras*, jun. 2013. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/leia/exibir/comunicacao-e-poder>. Acesso em: 29 jan. 2025.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indigna  o e esperan  a: movimentos sociais na era da internet*. Tradu  o de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microf  sica do poder*. Tradu  o de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edi  o es Graal, 1982.

GALBRAITH, J. Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradu  o de Hil  rio Torloni. 3. ed. S  o Paulo: Livreria Pioneira, 1986.

G  NTHER, Klaus. Uma concep  o normativa para uma teoria da argumenta  o jur  dica. Tradu  o de Leonel Cesarino Pessoa. *Cadernos de filosofia alem  *, S  o Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HERRERA, Carlos Miguel. *A pol  tica dos juristas: direito, liberalismo e socialismo em Weimar*. Tradu  o de Luciana Caplan. S  o Paulo: Alameda, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviat   ou mat  ria, forma e poder de um Estado eclesi  stico e civil*. 3. ed. S  o Paulo: Abril Cultural, 1983.

NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social; Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

RUSSEL, Bertrand. *Power. A new social analysis*. Londres: George Allen & Unwin, 1938.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de Sociologia*. Tradução de Gerard Georges Delaunay e Rubens Eduardo Ferreira Frias. São Paulo: Moraes, 1987.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Tradução de José Medina Schavarria. México: Fondo de Cultura Econômica, 1997.

200
anos



POPULISMO AUTORITÁRIO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA REFUTAÇÃO À INTERPRETAÇÃO NÃO DEMOCRÁTICA DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

AUTHORITARIAN POPULISM AND CONSTITUTIONAL INTERPRETA- TION: A REFUTATION TO THE NON-DEMOCRATIC INTERPRETATION OF ART. 142 OF THE 1988 CONSTITUTION

Luís Gustavo Reis Mundim¹

RESUMO

O presente artigo objetiva, a partir da Teoria da Constituição demarcada pelo espaço processual, testar a hipótese de que a interpretação conferida ao art. 142 da Constituição, de que as forças armadas seriam um poder moderador, é incompatível com a constitucionalidade democrática brasileira. Nesse sentido, verificou-se que o populismo autoritário tenta empreender interpretações e leituras de dispositivos constitucionais para dar um ar de legalidade a práticas que são incompatíveis com a democracia. Assim, por meio da interpretação constitucional balizada pelo devido processo, é possível combater interpretações que não estão em consonância com a construção do projeto democrático em implementação desde 1988, uma vez que há exercício de fiscalidade e controle da hermenêutica ilimitada. Ao final, foi possível concluir que a interpretação autoritária do art. 142 deve ser combatida e não tem lastro jurídico-constitucional no Estado Democrático de Direito.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/DF), mestre e especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), pós-graduado em Gestão com ênfase em Negócios pela Fundação Dom Cabral (FDC), membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO), da Academia de Direito Processual (ACADEPRO) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ), membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG (2022/2024), professor universitário e advogado. *E-mail*: luis.mundim@reismundim.adv.br.

Palavras-chave: populismo autoritário; interpretação constitucional; art. 142 da Constituição; teoria da Constituição; degeneração democrática.

ABSTRACT

This article aims, based on the Theory of the Constitution demarcated by the procedural space, to test the hypothesis that the interpretation given to art. 142 of the Constitution, that the armed forces would be a moderating power, is incompatible with Brazilian democratic constitutionality. In this sense, it was found that authoritarian populism tries to undertake interpretations and readings of constitutional provisions to give an air of legality to practices that are incompatible with democracy. Thus, through constitutional interpretation guided by due process, it is possible to combat interpretations that are not in line with the construction of the democratic project in implementation since 1988, once there is an exercise of fiscality and control of unlimited hermeneutics. In the end, it was possible to conclude that the authoritarian interpretation of art. 142 must be fought and has no legal-constitutional basis in the Democratic State of Law.

Keywords: authoritarian populism; constitutional interpretation; art. 142 of the Constitution; theory of the Constitution; democratic degeneration.

1 INTRODUÇÃO

Cristiano Paixão (2020) leciona que o silêncio não se dá apenas na ausência de som, barulho, mas também é ativo e exerce um papel. Os silêncios são produtos sociais, relacionados a certas atitudes políticas que selecionam o que deveria ou não ser dito. A história e a teoria do Direito Constitucional mundial e brasileiro são permeadas de silêncios,

a exemplo do apagamento da Revolução do Haiti e de sua importância para o constitucionalismo contemporâneo na luta pela implementação de direitos fundamentais, os quais permitem que práticas autoritárias perpetuem e penetrem na contemporaneidade, sem qualquer reflexão e controle.

Crucial mencionar que

[...] o conceito de Atlântico Negro e a chave da Revolução do Haiti podem ser importantes elementos não só para enfrentar os campos da história e da filosofia do direito constitucional, mas também para perquirir os silêncios, ocultamentos e invisibilizações em novas grandes narrativas que se pretendem, a despeito de seus avanços e contradições, comum a todos (Duarte; Queiroz, 2016, p. 38).

Nesse sentido, movimentos de cunho autoritário acabam por distorcer o constitucionalismo em prol de perigosos projetos políticos de poder que pretendem instaurar ditaduras e governos autocráticos.

É a partir dessa premissa que o presente artigo, escrito por ocasião dos 200 anos do Direito Constitucional no Brasil, que conjecturaremos uma proposta de hermenêutica/interpretação constitucional que impeça distorções interpretativas que não estão em consonância com a Constituição de 1988 e com a construção do Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, será apresentada a noção de populismo autoritário, que não é derivada de uma ideologia política específica, mas se trata de uma noção de difícil apreensão. Apesar disso, existem diversas características específicas que permitem identificar práticas populistas autoritárias, uma vez que o objetivo de tal movimento é degenerar a democracia a partir de dentro da própria estrutura democrático-constitucional. Assim, apresentou-se a interpretação autoritária dada ao art. 142 da Constituição de 1988.

A partir do marco teórico da Teoria da Constituição conjecturada pelo espaço processual, o segundo capítulo irá apre-

sentar a hermenêutica/interpretação constitucional a partir de uma perspectiva que não permite decisões discricionárias e arbitrárias, mas, ao contrário, a decisão é demarcada pelo processo como instituição de controle e fiscalidade, o que gera legitimidade e ganhos democráticos.

E, por fim, no terceiro capítulo, realizar-se-á o constrangimento epistemológico da interpretação autoritária do art. 142, uma vez que não está em consonância com o constitucionalismo contemporâneo brasileiro e, muito menos, com o projeto democrático em implantação desde 1988.

Assim, concluir-se-á que a interpretação de que as Forças Armadas poderiam intervir nas demais funções estatais se mostra autoritária e deve ser extirpada pela interpretação constitucional no espaço processual.

A metodologia adotada no trabalho é a jurídico-teórica, uma vez que se pretende demonstrar e criticar a interpretação conferida ao art. 142 da Constituição e ao populismo autoritário. A investigação será jurídico-interpretativa, por meio do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus vários aspectos.

2 O POPULISMO AUTORITÁRIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: INTERPRETAÇÃO NÃO DEMOCRÁTICA DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO

O termo democracia, não raro, é distorcido e utilizado estrategicamente como justificativa para práticas autocráticas, uma vez que políticos com viés autoritário tentam implementar suas verdades absolutas e corroer a constitucionalidade democrática a partir de dentro. Ou seja, políticos se utilizam dos mecanismos constitucionais legítimos para corromper e degenerar a democracia, bem como impedir a construção da sociedade democrática em nome de uma espécie de poder absoluto.

Alain Badiou (2010, p. 17) sugere que a democracia, nas sociedades contemporâneas, é vista como um emblema,

um elemento intocável de um sistema simbólico, que serve como pretexto para que quaisquer discursos ou ações sejam perdoados em nome da democracia. Assim, o julgamento dessa sociedade terá sido em nome de seu emblema e, portanto, em seu próprio nome.

Segundo o autor, a partir do emblema da democracia, todos seriam considerados democratas, todavia, a sua existente aparência não é voltada para todo mundo, mas para o mundo de alguns poucos. A democracia como emblema e guardiã desse pequeno mundo de poucos agrupa uma oligarquia que não possui outra função senão a de se conservar (Badiou, 2010, p. 17-18).

No mesmo sentido, Wendy Brown (2010, p. 59) aponta que o termo democracia tem sido resultado de indeterminação e vacuidade de sentido, como um significante vazio, em que qualquer um pode dar sentido a partir de seus sentimentos particulares. A democracia é reduzida a uma mera marca, última versão de um fetichismo que separa por completo o produto vendido de seu verdadeiro conteúdo.

No presente artigo, adotamos a noção de democracia conjecturada por Karl Popper (2013), na qual há um conjunto de instituições para permitir o controle dos governantes e sua destituição pelos governados sem uso da violência. Assim, não se trata do simples governo da maioria ou governo do povo, além de que a democracia não se reduz apenas ao direito ao voto, pois devem existir mecanismos de controle pelo cidadão. Essa distorção da democracia tem permitido o crescimento de movimentos populistas que flertam com o autoritarismo e buscam corromper o sistema democrático em prol de seus interesses e de permanência no poder.

A noção de populismo se mostra de difícil apreensão, visto que não há uma ideologia própria e encontra-se difundido na sociedade. Pierre Rosavallon leciona que a palavra populismo

[...] está em todo lugar, a teoria do fenômeno está em lugar nenhum. Associam-se a ela um ar de evidência intuitiva e uma forma de indefinição. Isso testemunha, em primeiro lugar, a flutuação

semântica que caracteriza o seu uso. Pois ela é seguramente uma palavra-borracha, tão desordenado é o seu emprego (Rosavalon 2021, p. 41).

Entretanto, algumas características permitem identificar tal movimento. O populismo autoritário se manifesta como uma estratégia para fins de conquista e preservação política — seja de esquerda ou direita —, o qual se apresenta como a voz do sentimento do povo contra o establishment político. Enzo Traverso (2023, p. 33) aponta que o conceito de populismo pode servir tanto para a direita quanto para a esquerda, além de que seria “irmão gêmeo do totalitarismo”. Políticos populistas autoritários alegam ser os detentores da verdade e os únicos que seriam hábeis a resolver os problemas da sociedade, trazendo a ideia de um povo homogêneo em contrariedade ao pluralismo.

É o que lecionam Oscar Vilhena Vieira, Raquel de Mattos Pimenta, Fábio de Sá e Silva e Marta Rodriguez de Assis Machado:

[...] o populismo, como tem sido enfatizado por inúmeros autores, não é propriamente uma ideologia política ou econômica, mas uma espécie de “síndrome” da política. Nasce da desconfiança nas instituições e do ressentimento com a elites que as habitam, e cresce fomentando o combate ao pluralismo e às instituições da democracia representativa.

[...]

Nesse sentido, os populistas tendem a ostentar uma postura antissistema, assim como se apresentar como representantes autênticos e exclusivos do povo, promovendo uma forte polarização política e social contra aqueles que lhe contrapõem ou em relação às instituições de controle do poder político (Vieira *et al.*, 2023, p. 13).

Assim, os populistas autoritários seriam os únicos capazes de compreender o anseio da população, de modo moralmente correto e sem mutação, baseado na figura de um líder carismático. Ou seja, populistas autoritários se apresentam

“como representantes únicos do povo, tomado como uma unidade mítica, e como intérpretes exclusivos das virtudes deste mesmo povo” (Vieira *et al.*, 2023, p. 13).

Há, então, traços de autoritarismo, nacionalismo, aversão ao pluralismo e ao controle legal, visão homogênea do povo, bem como ataques às instituições democráticas. Importante destacar que o populismo autoritário se encontra presente no interior da democracia e não é uma ideologia de fora do sistema, como se deu no nazifascismo.

Desse modo, a dificuldade em identificar tais movimentos se dá justamente porque o populismo não busca romper brutalmente com o sistema democrático e impor uma nova ordem, uma vez que se trata de um movimento que surge de dentro da democracia (Levitsky; Ziblatt, 2018) e tenta arruiná-la gradativamente, até o ponto de se transformar a Constituição em um zumbi. A expressão “Constituição Zumbi” é de Francisco Balaguer Callejón (2020, p. 106), que a define como “una mera forma sin vida, una cáscara vacía de contenido constitucional”.

Ao apresentar a obra de Dieter Grimm, Gilmar Ferreira Mendes (2023, p. 25-26) expõe que “o autoritarismo populista questiona exatamente essa garantia jurisdicional da Constituição, como se essa disposição institucional consistisse num plano de uma elite togada (e ‘globalista’) para se manter no poder”.

Todavia, a degeneração democrática pelo populismo não se dá apenas na política, mas também pode ocorrer no Judiciário, pois, como aponta Francisco Balaguer Callejón (2020, p. 100), interpretações populistas do direito têm penetrado na seara da interpretação constitucional.

Antes de se aprofundar nesse ponto, é importante mencionar que a degeneração do direito no nazifascismo alemão também se deu pela via do Judiciário, que interpretava as leis com base nas diretrizes nazistas. Nesse sentido, ao aproveitar o grau de indeterminação legal, diversos movimentos²

² Como exemplo foram o Movimento de Renovação Jurídica Popular e o Movimento do Direito Livre Alemão. Para um aprofundamento da temática, conferir: Losano, 2010; Mundim, 2021; 2022; Rüthers, 2016; Thibau, 2021.

permitiram e defenderam a aplicação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e extralegais interpretados a partir dos ditames nazistas e do programa do partido em nome do Führer, a fim de que a interpretação fosse realizada no sentido do nacional-socialismo (Abboud, 2021a, p. 133-140).

Na contemporaneidade, projetos políticos populistas e autoritários se utilizam do direito existente para conferir legitimidade às suas ações, e o uso do Judiciário para tal fim permitirá o influxo de ideologias do julgador, "introduzindo na vida do direito conceitos metafísicos e pré-jurídicos" que "legitimam e justificam — acima de qualquer suspeita — um governo discricionário" (Abboud, 2021a, p. 197).

Ou seja, a existência da figura de um juiz-antena (Abboud, 2021b, p. 282; Mundim, 2022), que baseia sua decisão nos anseios e valores do povo que ele, julgador, captou de modo solitário, torna-se um instrumental poderoso para a legitimação de práticas e governos de populistas autoritários. Desse modo, a defesa realizada por teorias processuais, a exemplo da instrumentalidade do processo, no sentido de que o julgador pode adotar critérios decisórios metajurídicos (políticos, econômicos e sociais) para decidir, viabiliza a manipulação do sentido normativo para instrumentalizar e corromper a legislação vigente em prol de regimes autoritários e de viés ditatorial.

Nessa rota, a interpretação constitucional passa a sofrer incursões arbitrárias, já que a metodologia interpretativa não se baliza nos limites democráticos impostos pelos direitos e garantias fundamentais, mas, ao contrário, atua sem limite, sem qualquer critério jurídico e baseada em mecanismos extralegais para preservação política do autoritarismo. A hermenêutica ilimitada também ocorreu no nazismo alemão, conforme já denunciou Bernd Rüthers (2017).

E, nesse ponto, crucial a reflexão de José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p. 143) de que "os valores morais afetam a interpretação constitucional", principalmente quando

tais valores estão conectados a ideologias que pregam o autoritarismo.

A penetração do populismo na interpretação constitucional tem ocorrido em diversas frentes distintas, quais sejam: (i) a propagação digital de *fake news* e de pós-verdades; (ii) existência de filtro-bolhas ou contextos virtuais criados pelos algoritmos nas redes sociais; (iii) a implementação de uma ordem tecnológica das chamadas Big Techs que visam ao lucro em detrimento das garantias constitucionais; (iv) ocorrência da fragmentação e da polarização do espaço público; (v) uma nova concepção de tempo que demanda resolução de problemas político-constitucionais com ações rápidas; (vi) a dificuldade na implementação de direitos e garantias fundamentais (Callejón, 2020, p. 101-102); e (vii) por juristas comprometidos com programas de governo autoritários e não com a autonomia do direito ou sua construção/implementação de forma democrática (Del Negri, 2022).

É certamente que os julgadores não estão imunes a essas práticas, até porque também se encontram mergulhados nessa rede tecnológica, além de terem contato com notícias variadas que podem influenciá-los, inclusive, de modo inconsciente.

Na realidade brasileira, a interpretação constitucional se viu afetada quando juristas, que se dizem comprometidos com o projeto de constitucionalidade democrática, passaram a defender que a interpretação do art. 142 da Constituição permitiria a intervenção das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem em caso de conflito entre as funções estatais.

Tais juristas, que se identificaram com o populismo autoritário no Brasil, propuseram a interpretação de que, nos termos do art. 142, quando um "Poder" se sentisse ameaçado pelo outro, poderia solicitar que as Forças Armadas agissem como "Poder Moderador" para repor a lei e a ordem. Desse modo, com a finalidade de justificar pretensões autoritárias, utilizou-se dessa interpretação para defender que, se, por exemplo, o Judiciário invadisse a competência do Legislativo, as Forças

Armadas poderiam ser chamadas para impor, novamente, a lei e a ordem, sem dar eficácia à decisão “invasora”.

No entanto, tal interpretação não se mostra condizente com a hermenêutica constitucional, já que reprodutora de um discurso autoritário, o que será mais aprofundado no terceiro tópico. Vale mencionar, a própria interpretação constitucional passa a ser utilizada para degenerar o direito e a constitucionalidade democrática, motivo pelo qual a teoria processual da decisão jurídica (Leal, 2016) surge como importante mecanismo de defesa da democracia para balizamento da interpretação constitucional a partir da discursividade processual.

3 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DEMARCADA NO ESPAÇO PROCESSUAL

Em sua obra *A força normativa da Constituição*, Konrad Hesse (1991) aponta que a estabilidade é condição fundamental de eficácia constitucional e que, por isso, a “interpretação” passa a ser vetor importante para a “consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, motivo pelo qual “a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma” (Hesse, 1991, p. 22). Para o autor, o sentido da proposição jurídica estabeleceria o limite da interpretação, o que, via de consequência, limitaria eventual mutação normativa (Hesse, 1991, p. 23).

Em ampliação a essa questão, a conjectura de Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é de grande importância, pois não preconiza um povo homogêneo como no populismo autoritário, mas entende ser o povo como um “elemento pluralista para interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional” (Häberle, 1997, p. 37).

Ao partir da “teoria da democracia” de Karl Popper (2013), Häberle (1997, p. 39) também conjectura que a interpretação

constitucional não se encontra no monopólio de alguns poucos, sob pena de retomarmos uma sociedade fechada, já que as democracias consistem na possibilidade de os cidadãos fruírem dos direitos fundamentais. Por isso os cidadãos alcançariam uma importante concepção democrática com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

Assim, leciona o jurista alemão:

[...] a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto (Häberle, 1997, p. 43).

Evidentemente que a interpretação constitucional deve respeitar a pluralidade, as divergências, dissensos, pontos de vista diferentes, além do diálogo, mas o autoritarismo não pode trazer interpretações, sob o fundamento de abertura democrática, que visem justamente a degenerar a democracia e implodir o respeito à pluralidade de concepções.

Trata-se de flagrante paradoxo dos populistas autoritários, pois, como bem aponta Baracho (2008, p. 733, 735), “a interpretação constitucional é imprescindível na manutenção do ordenamento jurídico”, bem como está “ligada ao sistema de proteção da Constituição”. Ou seja, interpretações que visam a desproteger e degenerar o sistema constitucional não podem ser aceitas juridicamente.

Todavia, a teoria de Häberle se torna incompleta ao não conjecturar a participação do cidadão na construção decisória por meio da baliza do processo constitucional e não acoplar a interpretação constitucional a uma teoria da decisão pensada a partir da legitimidade democrática e do devido processo.

Aqui, um parêntese: claro, para que se fale em Interpretação Constitucional, é preciso que seja a reflexão encaminhada por meio do direito processual, porque não podemos ignorar o relacionamento do processo com a Constituição, como infelizmente fazem alguns autores em seus manuais voltados à formação didática dos alunos de graduação em Direito. Há, assim, um profundo liame entre os dois [processo-constituição] que oferta uma base mais sólida para falar numa "Teoria processual da decisão jurídica" (Del Negri, 2019, p. 349-350).

Isso porque, é por meio dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, bem como dos requisitos da fundamentação das decisões e da imparcialidade, que se permitirá que o cidadão possa se tornar autor e coautor da construção das decisões (Leal, 2016).

Demarcar, portanto, a teoria da Constituição em espaço processual é possibilitar o exercício crítico do Direito de modo a conectar democracia e direitos fundamentais:

[...] é sabido que a filosofia do Direito não busca mais um saber absoluto (verdade), porque, contemporaneamente, apresenta função crítica, e a ciência do Direito não mais trabalha com a ideia de um Direito estático, mas sim com a precariedade dos conceitos, institutos e instituições jurídicos. Por isto, é bom que fique claro, que o estudo do Direito Constitucional, na contemporaneidade, fica condicionado a uma teoria (racionalização que encaminha balizamentos ao conhecimento humano) da Constituição, a qual, por sua vez, apontará falibilidades que reverberam diretamente no desenvolvimento constitucional e no aprendizado de um Direito Constitucional indexado à teoria da democracia e direitos fundamentais (Del Negri, 2019, p. 29).

É por isso que

[...] trabalhamos uma teoria da Constituição egressa de um espaço processualizado, tanto na base instituinte (atividade originária e processo legislativo), como na atividade de reforma ao texto constitucional e de expurgo da lei por

meio de um controle de constitucionalidade. Tudo isso, porque entende-se que a Constituição é um discurso sustentado pelo devido processo. O processo, portanto, é eixo cêntrico do Direito Constitucional (processo legislativo, ações de controle de constitucionalidade, interpretação constitucional). Com isto, tenta-se evitar o quadro de babelização desse importante campo do conhecimento humano (Del Negri, 2019, p. 29-30).

Nesse sentido, o devido processo torna-se o referente lógico-jurídico da metodologia decisória, uma vez que os atos procedimentais também devem ser referenciais para que a interpretação constitucional se torne processualizada e possua critérios jurídicos e objetivos que não violem os direitos e garantias fundamentais.

É com esse modelo processual que entende ser o processo instituição de garantia de participação e de controle pelo cidadão do arbítrio do poder estatal — e não como instrumento do poder —, que será possível encontrar mecanismos institucionalizados para reduzir, neutralizar ou eliminar a carga de subjetividade das decisões (judiciais, legislativas e administrativas) e, conseqüentemente, impedir que as interpretações de cunho autoritário possam encontrar espaço na democracia.

Como aponta André Del Negri, entender ser o processo instituição de garantia e controle evita que argumentos externos ao Direito penetrem na decisão, já que a interpretação do sistema jurídico não se faz mais em juízos solitários/solipsistas de um decididor, mas encontra sustento no conteúdo da lei interpretada pelas partes em um procedimento discursivo filtrado pelo devido processo (Del Negri, 2019, p. 364-366).

Logo, o ganho democrático é maior, visto que a interpretação constitucional nos moldes da sociedade aberta dos intérpretes passa a ter como balizas o devido processo e a teoria da decisão, o que permite o controle dos pronunciamentos decisórios ao impedir que parâmetros extraleais penetrem na interpretação da Constituição para esvaziá-la de conteúdo e

normatividade. É por essa razão que a teoria da decisão não se torna politizada, já que não acolhe a discricionariedade do decisor, meio de degeneração do direito.

Ou seja, a interpretação processualizada do texto constitucional, delineada por uma teoria da decisão não discricionária, além de uma Teoria da Constituição, é intransigente com ações, omissões e compreensões que visam a contaminar e degenerar a democracia brasileira. Nessa rota, interpretações de cunho populista autoritário não são possíveis de serem realizadas no Direito Democrático, pois incompatíveis com a Constituição e com a construção de uma sociedade democrática e plural.

Aqui é importante destacar: não defendemos a incursão da política no Direito ou o combate político do populismo autoritário pelo ativismo judicial, mas, pelo contrário, é crucial preservarmos a autonomia do Direito, o que, via de consequência, também conserva a estrutura constitucional-democrática, o que se dará pelo respeito aos direitos e garantias, inclusive processuais. Somos críticos ao ativismo judicial, conforme já se expôs em outra oportunidade,

[...] o sentido normativo não pode ser fixado apenas e tão somente pelo juiz, visto que a construção da decisão deve se dar de modo compartilhado com as partes, pela via dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, ocasião em que os argumentos fático-jurídicos e provas constantes no processo devem vincular o resultado decisório (Mundim, 2021, p. 342).

Se não são refutadas ideologias transvestidas de teorias, “as nocividades tendem a voltar com estragos ainda maiores, cenário delicado e que geralmente vem acompanhado de atos autoritários” (Del Negri, 2019, p. 44).

Portanto, a interpretação autoritária será expurgada pela via de uma interpretação constitucional referenciada pelo devido processo e por uma teoria da decisão que não permita influxos metajurídicos e possibilite o controle e fiscalidade dos fundamentos incompatíveis com a democracia.

4 CONSTRANGENDO EPISTEMOLOGICAMENTE A INTERPRETAÇÃO AUTORITÁRIA DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O alerta de José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p. 499) no sentido de que “é preciso entender as palavras da Constituição, por meio de uma interpretação adequada” se mostra crucial para o constrangimento da interpretação autoritária acerca do art. 142 da Constituição.

A interpretação de que as Forças Armadas seriam um “Poder Moderador” para intervir em conflitos entre as funções estatais revela o saudosismo de um período não democrático, regime ditatorial de exceção que foi comandado justamente pelas Forças Armadas. E se a Constituição de 1988 rompeu com essa excepcionalidade, por qual razão manteria essa ilogicidade sistêmica de permitir uma “intervenção” militar para preservá-la? A incoerência é flagrante!

Ora, não são essas as palavras constitucionais presentes no art. 142. O texto constitucional dispõe que:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, [2024]).

É certo que a interpretação constitucional não se dá na literalidade do texto, como pretendem fazer crer os juristas defensores da visão desvinculada da estrutura democrática.

E são vários pontos que afastam a proposta de interpretação autoritária do art. 142: (i) o dispositivo não menciona que as Forças Armadas seriam um “Poder Moderador”, o que, diga-se de passagem, nunca foram e não serão; (ii) as Forças Armadas não podem eliminar tensões entre funções de Estado, uma vez que o art. 2º da Constituição não coloca o Exército, a Marinha e a Aeronáutica como funções estatais; (iii) o art. 102 dispõe ser o STF o garante da Constituição e não as

Forças Armadas; (iv) se há desobediência por um Presidente de decisão judicial, não há lei e ordem, pois, se a lei não importa, o que importa seria o arbítrio (Del Negri, 2022, p. 333).

Em caminho semelhante é a importante crítica de Georges Abboud no sentido de que se deve levar em consideração o elemento de rompimento com o período ditatorial para interpretar o art. 142,

[...] uma interpretação que leve esses elementos em consideração permite afirmar, de forma clara, que a Constituição de 1988 não atribuiu às Forças Armadas um poder moderador dos conflitos entre os poderes. A atribuição de caráter de Poder Moderador às forças armadas é golpismo travestido de tese doutrinária. É uma forma degenerada de se interpretar o art. 142. Além de impensável, a proposta é ainda mais grave por considerar que o Exército, a Marinha e a Aeronáutica poderiam ser instrumentalizados para ameaçar e conter supostos excessos dos outros Poderes, em especial do Judiciário (STF), que é o maior freio democrático contra o golpismo contemporâneo brasileiro. Trata-se de exemplo que ilustra como o golpismo não surge e se estrutura apenas pela reunião de boçais ou pela circulação de *fake news*. Ele adquire legitimidade pela manifestação de intelectuais degenerados. No caso, juristas que interpretam o art. 142 de modo a permitir a intervenção militar “constitucional” e divulgam falácias sobre o que decidiu o STF. O respeito à Constituição não é exigido porque ela seja perfeita ou imaculada, mas porque ela ainda é — assim esperamos — um importante marco no processo civilizatório brasileiro. Em face do ambiente de polarização extrema e virulenta — recrudescida pelas plataformas sociais e aliada à glorificação do populismo mais parvo —, os rompantes autocráticos que seguirão representam um convite para a crise total e permanente do país. Compreender os limites do art. 142 constitui um importante passo acerca do tema (Abboud, 2023).

Ora, o risco da interpretação populista é flagrante, pois transforma-se o campo jurídico em político, com possibilidade de degeneração democrática por via de golpe militar, como aponta André Del Negri,

[...] quando o art. 142 foi (é) interpretado por alguns integrantes das Forças Armadas e o sentido é (foi) dado por eles, que criam (criaram) outra norma nos sentidos possíveis ao que se apresenta como texto, de modo a dizer que as Forças Armadas são garante-mor da Constituição, ou até quando se diz “não vai ter golpe” (!) porque as Forças Armadas são seguidoras da legislação, nada atesta que seja assim, porque golpes são construídos, ocasião em que o direito converte-se em uma província da política (Del Negri, 2022, p. 332).

E não podemos esquecer que o nazifascismo se operou, também, por meio de interpretações propostas por juristas alinhados ao aspecto autoritário, como Carl Schmitt e Karl Larenz (Losano, 2010; Rüthers, 2016). Frise-se, tampouco podemos olvidar que a história brasileira também foi atingida por regime de exceção na ditadura militar, que, inclusive, ocasionou, além da suspensão de direitos e garantias fundamentais, a tortura e morte de diversas pessoas.

Esses silenciamentos não podem ser mantidos, sob pena de retornar à barbárie e às sociedades fechadas e tribais, nas quais é o poder da violência que prevalece. Desse modo, a interpretação constitucional, pela via processualizada, é crucial para enfrentar as obscuridades e os flertes autoritários de juristas que se dizem comprometidos com o diálogo e o projeto constitucional-democrático, mas, no fim das contas, pregam interpretações que se mostram sem sustentáculo jurídico no Estado Democrático de Direito.

Nos 200 anos do Direito Constitucional brasileiro, é importante refletir que “tempos sombrios começam com interpretações bizarras da Constituição. Aliás, são falsificações de interpretações. E elas não devem servir de salvo-conduto para desrespeitar a Constituição de 1988 e a implementação do projeto de democracia” (Del Negri, 2022, p. 333).

Logo, é papel do constitucionalismo contemporâneo, demarcado pela Teoria da Constituição processualizada, enfrentar essas questões para preservação do direito e da democracia.

5 CONCLUSÃO

A despeito de não possuir uma ideologia política própria, o populismo autoritário possui características que facilitam a sua identificação. Isso porque se percebem traços autoritários, nacionalistas, os quais têm aversão ao pluralismo, além de ataques frequentes às instituições e possuir uma visão homogênea do povo.

E por ter o objetivo de degenerar a democracia e a Constituição a partir de dentro do próprio sistema, juristas comprometidos com tais projetos propõem interpretações que visam a dar um ar de legalidade às práticas autoritárias, conforme se fez com o art. 142 da Constituição de 1988, ao defenderem a intervenção das Forças Armadas em caso de conflito entre as funções estatais para restabelecimento da lei e da ordem.

Todavia, a partir de uma Teoria da Constituição comprometida com a construção do Estado Democrático de Direito e demarcada pelo processo como instituição de fiscalidade e controle, defendemos que não é possível que se deem interpretações ilimitadas e sem observar a estrutura normativa da constitucionalidade democrática como baliza interpretativa.

Logo, a interpretação autoritária do art. 142 da Constituição não é possível de ser realizada, uma vez que (i) confronta com o constitucionalismo contemporâneo; (ii) defende a militarização da política e a politização do Direito, sendo que já se superou a ditadura militar no país; (iii) as Forças Armadas não constituem Poder Moderador ou função estatal; (iv) não são a guarda-mor da Constituição; (v) não preserva a autonomia do Direito; e (v) gera degeneração do Direito e da democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.

BADIOU, Alain. El emblema democrático. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Democracia en suspenso*. Madrid: Ediciones Casus Belli, 2010. p. 17-58.

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BROWN, Wendy. Ahora todos somos demócratas. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Democracia en suspenso*. Madrid: Ediciones Casus-Belli, 2010, p. 59-78.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Interpretación constitucional y populismo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, v. 33, año 17, n. 33, ene.-jun. 2020.

DEL NEGRI, André. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DEL NEGRI, André. Os juristas, o regime militar de 1964 e personalidades autoritárias que cruzaram o marco da Constituição de 1988. *História do Direito*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 320-342, mar. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadoo-direito/article/view/82963/45885>. Acesso em: 7 set. 2024.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o constitucionalismo em face do lado oculto da modernidade. *Direito, Estado e Sociedade*, [s. l.], n. 49, p. 10- 42, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos*. São Paulo: Contracorrente, 2023. p. 11-28.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Autoritarismo decisório no Código de Processo Civil: as ressonâncias do Movimento do Direito Livre. In: ALVES, Lucélia de Sena; BORGES, Fernanda

Gomes e Souza (org.). *5 anos de vigência do Código de Processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 317-347.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Desconstruindo o juiz-antena. In: SEMINÁRIO JUSTIÇA E DEMOCRACIA PROCESSUAL, 2022, Belo Horizonte. *Anais do Seminário Justiça e Democracia Processual - Escola Superior Dom Helder Câmara*. Belo Horizonte: Dom Helder, 2022. p. 7-18.

PAIXÃO, Cristiano. Uses of silence in political and legal transitions: a methodological approach to constitutional history. In: MECCARELLI, Massimo; PAIXÃO, Cristiano; ROESLER, Claudia. *Innovation and transition in law: experiences and theoretical settings*. Madrid: Dykinson, 2020. p. 97-119.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Lisboa: Edições 70, 2013. v. 2.

ROSAVALON, Pierre. *O século do populismo: história, teoria, crítica*. Rio de Janeiro: Ateliê das Humanidades, 2021.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RÜTHERS, Bernd. *Die Unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 8. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

THIBAU, Vinicius Lott. Oskar Von Bülow e o nazismo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 38-50, maio/ago. 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8518>. Acesso em: dez. 2024.

TRAVERSO, Enzo. *As novas faces do fascismo: populismo e a extrema direita*. Belo Horizonte: Âyiné, 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* *Estado de Direito e populismo autoritário: erosão e resistência institucional no Brasil (2018-2022)*. Rio de Janeiro: FGV, 2023.

200
años



A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DO ITCMD SOBRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA: PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE E VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ITCMD TAXATION ON PENSION PLANS: FREE BENEFIT GENERATOR PLAN AND FREE BENEFIT GENERATOR LIFE

Marcelo da Cruz Trigueiro¹

RESUMO

Na previdência complementar privada, ao ocorrer a morte do titular do plano contratado, serão os respectivos valores depositados na instituição financeira e transmitidos aos beneficiários estipulados pelo contratante. Nessa hipótese, a legislação de alguns estados qualifica a mencionada transferência como fato gerador apto a instituir o ônus fiscal, determinando, assim, a incidência do ITCMD. Dessa forma, discute-se a natureza jurídica do VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) e do PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre), nos quais os contribuintes alegam possuírem os planos a natureza de seguro de vida, para afastar a incidência do ITCMD. Por outro lado, os estados atribuem aos planos natureza de investimento financeiro, compondo, então, a herança do de cujus, permitindo a exigência do ITCMD. Portanto, o presente estudo buscará analisar a constitucionalidade da incidência tributária sobre os valores transferidos quando ocorre a morte do titular, bem como a constitucionalidade das legislações estaduais, sob a ótica jurisprudencial, ao determinar a exigibilidade do ITCMD.

¹ Juiz de direito titular da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte – MG, mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia na Universidade da Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec, Brasil, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte – MG. E-mail: mdctrigueiro@gmail.com.

Palavras-chave: imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação; previdência complementar privada; natureza jurídica; seguro de vida; constitucionalidade.

ABSTRACT

In private supplementary pension plans, upon the death of the plan holder, the amounts deposited with the Financial Institution are transmitted to the beneficiaries designated by the policyholder. In this case, the legislation in some states qualifies this transfer as a taxable event, imposing a fiscal burden and determining the incidence of ITCMD (Inheritance and Donation Tax). Thus, there is a discussion about the legal nature of VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre, Life Generating Benefit Plan) and PGBL (Benefit Generating Plan), in which the taxpayers claiming that these plans are life insurance, to rule out the incidence of ITCMD. On the other hand, states consider these plans as financial investments, making them part of the deceased's estate and allowing the imposition of ITCMD. Therefore, this study will analyze the constitutionality of the tax incidence on transferred amounts upon the holder's death, as well as the constitutionality of state legislations, from a jurisprudential perspective, in determining the applicability of ITCMD.

Keywords: inheritance and donation tax; private supplementary pension; legal nature; life insurance; constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, discute-se a controvérsia da natureza jurídica do regime de previdência privada complementar, previsto no art. 202 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, [2024]) e, de maneira mais específica, sob a figura do VGBL -

Vida Gerador de Benefícios Livres e do PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre.

Será abordada, nesse contexto, a possibilidade de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), na hipótese de ocorrer a transferência patrimonial em decorrência do óbito do contratante de um plano de previdência complementar privada.

Para tanto, inicialmente, será discorrido acerca da incompatibilidade do VGBL e do PGBL com o instituto da herança, por constituírem os planos, na verdade, de uma modalidade de seguro de vida, ressaltando, assim, as divergências entre a natureza securitária e a natureza de acumulação patrimonial.

É cediço que o fato gerador do ITCMD é a transmissão sucessória de bens ou direitos e, para a incidência do tributo, apura-se o que é recebido pelos sobreviventes após óbito do sucessor, sendo que a base de cálculo apenas será estabelecida com a conclusão do inventário e a partilha dos bens.

Nesse sentido, o procedimento de sucessório não é compatível com a sistemática dos planos de previdência complementar privada, pois os valores pagos aos indicados como beneficiários do contrato são transmitidos de forma direta, independentemente de partilha.

Todavia, a legislação dos estados prevê expressamente a incidência do ITCMD e a responsabilidade das entidades de previdência privada em proceder ao recolhimento do imposto no momento do pagamento aos beneficiários (Minas Gerais, 2005).

Portanto, há a intenção de evidenciar a impossibilidade de incidência do imposto estadual, versando, inclusive, sobre a inconstitucionalidade das leis que instituem ITCMD sobre VGBL e PGBL.

Além disso, com a constante judicialização da referida temática, foi reconhecida repercussão geral pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário nº 1363013 - Tema nº 1214 (Brasil, 2022b).

Desse modo, é notória a enorme relevância social e interesse público, já que, além de se tratar de assunto associado ao âmbito da seguridade social, tem a potencialidade de impactar as receitas tributárias dos Estados-membros, bem como o patrimônio dos herdeiros ou beneficiários dos titulares dos planos de VGBL e PGBL.

2 A DEFINIÇÃO DE HERANÇA COMO FATO GERADOR DO ITCMD

Sabe-se ter o vocábulo “suceder” origem no latim, traduzido do termo sub *cedere*, o qual significa tomar o lugar de outro indivíduo, em uma relação jurídica, representando, assim, a mudança da titularidade de um direito (Maximiliano, 1952, p. 60)

Nesse sentido, ressalta-se que, no âmbito do Direito Sucessório, a referida transmissão é provocada não pela manifestação de vontade, mas em decorrência do óbito do titular de um conjunto de bens materiais e imateriais. Trata-se da chamada sucessão *causa mortis*.²

O doutrinador Flávio Tartuce assim disserta acerca da herança em sua obra Manual de Direito Civil:

A herança é o conjunto de bens formado com o falecimento do de cujus (autor da herança). Conforme o entendimento majoritário da doutrina, a herança forma o espólio, que constitui um ente despersonalizado ou despersonificado e não de uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal (Tartuce, 2015, p. 1.046).

Nesse contexto, aplica-se o princípio consagrado como *droit de saisine*,³ expressão derivada do Direito Francês, mas com origem no Direito Germânico, pelo qual a cessão da herança

² Expressão latina que significa “a causa da morte”.

³ Ficção jurídica que determina a passagem do patrimônio sucessível do falecido para seus herdeiros legítimos e testamentários, automaticamente, sem a exigência de qualquer ato por parte desses e até se eles desconhecerem o evento morte ocorrido com o transmissor. É uma transmissão incontinenti e por força de lei.

aos herdeiros do de cujus faz-se automaticamente no momento do óbito, independentemente de qualquer formalidade, já passando a integrar o patrimônio do sucessor.

Em conformidade com Roberto de Ruggiero, lê-se:

O sistema da nossa lei é o resultado da junção de elementos e conceitos romanos com elementos germânicos, nem sempre harmonicamente fundidos. [...] O direito romano partia do conceito que a herança não se adquiria senão pela aceitação (*aditio ou pro herede gestio*). [...] Totalmente diversas são as regras e os conceitos germânicos. Segundo o direito germânico medieval e o direito consuetudinário francês, que naquele diretamente se inspira, não há outros herdeiros além dos de sangue, e isto pela ideia de que só Deus cria os herdeiros (*solus Deo facit heredem*); todos os outros são legatários. Somente aos herdeiros legítimos, isto é: aos de sangue, a herança se transmite *ipso jure*, sem necessidade de aceitação ou de autorização judicial. [...] A ideia base é a da *saisine*, um instituto próprio de origem germânica, porque reproduz mais ou menos diretamente a germânica *Gewere*. *Saisine* representa em geral uma relação possessória legalizada, à qual, porém, não corresponde uma relação de fato com a coisa: é um direito a possuir, uma faculdade de entrar na sua posse, que pertence, pois a quem ainda não tem a disponibilidade física da coisa (De Ruggiero, 1934, p. 443-444).

A *saisine* apresenta-se, então, como uma ficção jurídica, antecipando a ocorrência da transmissão da propriedade. Assim, os herdeiros passam a ser dotados da pretensão de defesa do patrimônio, transferindo-se, também, de imediato, os direitos à posse, mesmo antes da conclusão do inventário.

Cabe ressaltar a disposição de referida sistemática no Código Civil brasileiro, em seu art. 1.784, como se vê: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (Brasil, 2022).

Nesse sentido, quanto ao momento de transmissão dos bens, o jurista Carlos Maximiliano leciona, *in verbis*:

Todos os direitos que se incluem na sucessão causa mortis ficam transferidos ao herdeiro no momento do transpasse do de cujus; imediatamente o domínio deste se torna o domínio daquele, a posse de um, posse do outro. Efetua-se a transmissão ipso jure, por efeito da lei, ainda mesmo que o sucessor ignore o fato e o seu direito do mesmo decorrente (Maximiliano, 1952, p. 60).

Por essa lógica, somente após a conclusão do inventário, efetivada com a esperada homologação da partilha de bens, é que os herdeiros têm a correta apuração do montante pelo qual possuem direito.

Ademais, em se tratando da transmissão causa mortis, além da repercussão na esfera privada das relações sociais, esta atrairá diretamente o interesse e atuação do ente público, na medida em que a transferência de titularidade de bens e direitos representa o fato gerador do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, também conhecido como ITCMD.

O ITCMD está previsto no art. 155, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, [2024]). Trata-se de tributo, da espécie imposto, de competência estadual, pelo qual possui duas materialidades distintas, sendo elas: a transmissão causa mortis e a transmissão intervivos por ato não oneroso, isto é, por doação.

Nesse sentido, a data do fato gerador do ITCMD causa mortis consoma-se na abertura da sucessão, e, inclusive, somente após a homologação da partilha pelo Juízo ocorrerá o lançamento tributário pela Fazenda Pública, a teor do disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN) (Brasil, 1966b), pois, é nesse momento que o Fisco terá o conhecimento concreto das informações relativas à caracterização do fato gerador.

Aliás, esse é o teor da Súmula 114 do colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “O imposto de transmissão causa mortis não é exigível antes da homologação do cálculo” (Brasil, 1964).

Nesse sentido, cabe destacar, que além da tributação incidente sobre os valores recebidos a título de herança, as entidades estatais também exigem que se integre na base de cálculo o saldo existente em planos de previdência privada, sendo que, nesse caso, os próprios bancos e seguradoras, isto é, as fontes pagadoras, realizarão a retenção de 5% dos valores líquidos a serem transmitidos aos beneficiários, recolhendo tais quantias ao Estado, a título de ITCMD (Minas Gerais, 2005).

Sendo assim, em vista das controvérsias existentes quanto à tributação dos planos de previdência, evidencia-se a importância de classificá-los e defini-los, conforme se fará no capítulo subsequente.

3 PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA: VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE E PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE

A chamada previdência complementar trata-se de um instituto com o objetivo de acumular recursos para agregar no montante previdenciário a ser desfrutado pelo aposentado no futuro, pelo qual, diferentemente da previdência social, o participante deposita determinada quantia, periodicamente, em um fundo de capitalização.

Ressalta-se a estipulação, ao realizar a contratação de um plano de previdência privada, de um ou mais beneficiários, os quais terão direito a quantia aplicada na hipótese de falecimento. Caso se suceda a morte, os respectivos beneficiários poderão operar o resgate do saldo acumulado sem a necessidade de este ser incluído no inventário, não integrando tais valores como parte do patrimônio para fins de sucessão.

Nesse sentido, destaca-se a existência do regime de previdência privada de caráter complementar, preceituado na Constituição Federal de 1988, nos termos a seguir:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contrata-

do, e regulado por lei complementar.

§1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos (Brasil, [2024]).

A fim de regulamentar as normas constitucionais, foi editada a Lei Complementar nº 109/2001, a qual estabeleceu que o Regime de Previdência Privada supramencionado passaria a ser operado por entidades de previdência complementar (Brasil, 2001).

Diante disso, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) tornou-se o órgão atuante na regulação dos planos, enquanto a fiscalização ficou a cargo da Superintendência de Seguros Privados (Susep), criada pelo Decreto-Lei nº 73/1966 (Brasil, 1966a). Destaca-se que as referidas entidades fazem parte da composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional, seguindo as diretrizes estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

Nessa perspectiva, todos os planos de seguro, com cobertura por sobrevivência, necessitam de aprovação da Susep, sendo que o próprio órgão fiscalizador define o VGBL como um seguro de vida individual, devidamente regulamentado pela Resolução CNSP nº 140/2005 (Brasil, 2005).

A mencionada Resolução, em seus arts. 2º e 3º, estabeleceu a estruturação de seguro para os planos na modalidade VGBL e PGDL, dessa forma:

Art. 2º A cobertura por sobrevivência de que trata esta Resolução é estruturada sob o regime financeiro de capitalização e *tem por finalidade o pagamento do capital segurado*, de uma única vez ou sob forma de renda, a pessoas físicas vinculadas ou não a um estipulante.

Parágrafo único. Ressalvado o caso de concessão de renda imediata, adquirida mediante pagamento único, o evento gerador do pagamento do capital segurado de que trata o caput será sempre a sobrevivência do segurado ao período de diferimento contratualmente previsto.

Art. 3º As disposições desta Resolução se apli-

cam, obrigatoriamente, a todo e qualquer plano de seguro de pessoas que ofereça cobertura por sobrevivência que, nos termos do art. 8º, § 9º, do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 3.633, de 18 de outubro de 2000, tenha o respectivo regulamento e a nota técnica atuarial submetidos à análise e prévia aprovação da SUSEP (Brasil, 2005, grifo nosso).

Ademais, verifica-se, no art. 5º da mesma norma, a seguinte conceituação sobre os termos “capital segurado” e “planos”:

Art. 5º Considerar-se-ão, para efeito desta Resolução, os seguintes conceitos:
IV - Capital Segurado: pagamento a ser efetuado ao assistido ou beneficiário, sob a forma de pagamento único ou de renda;
XXIII - Plano: plano de seguro de pessoas; [...] (Brasil, 2005).

Ressalta-se, inclusive, a definição dada, pela Susep, para o VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e o PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres), conforme transcrição abaixo:

VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são aqueles por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal — que poderá ser vitalícia ou por período determinado — ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar. A principal diferença entre os dois planos reside no tratamento tributário dispensado a um e a outro. Em ambos, o Imposto de Renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o Imposto de Renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda (Brasil, 2005).

Logo, comprova-se ter a Susep atribuído, de forma evidente, aos planos de PGBL e VGBL, natureza securitária, e é sabido tratar-se o seguro de um contrato caracterizado por impor a obrigação ao segurador de garantir, por meio do pagamento do prêmio, interesses legítimos do segurado, contra riscos premeditados. Os referidos planos de previdência visam a resguardar financeiramente o contratante e seus beneficiários, regular e previamente estipulados e, portanto, se constituem em uma estipulação em favor de terceiros, característica essencial de seguro.

Para tanto, uma das evidentes utilidades consiste na intenção de assegurar aos beneficiários o recebimento imediato de valores, após o óbito do então segurado, com maior liquidez, se comparado ao instituto do testamento, havendo, inclusive, a dispensa de demais custos, quando resgatado.

Por essa lógica, não seria possível incluir os planos de VGBL e PGBL no patrimônio do então contratante, nem tampouco ao patrimônio do espólio, pois, nesse caso, aplica-se a disposição do art. 794 do Código Civil, segundo o qual: "No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito" (Brasil, 2002).

Portanto, necessário se faz aprofundar o tópico referente à natureza jurídica dos planos de previdência complementar privada, uma vez que se trata de fator capaz de interferir diretamente na possibilidade de incidência do ITCMD. Dessa forma, tal análise será objeto de estudo do capítulo seguinte.

4 A NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E A TRIBUTAÇÃO DO ITCMD

A Lei Complementar nº 109/2001 disciplina duas formas de execução dos benefícios de caráter previdenciário, sendo elas: a execução por meio da complementação dos valores

recebidos a título de aposentadoria, ou o recebimento de complementação de pensão (Brasil, 2001).

Assim, no caso da complementação de aposentadoria, haverá o pagamento futuro de uma renda em parcelas sucessivas, ou um recebimento de valor único, ao qual fará jus o próprio titular do plano em decorrência da sua sobrevivência ao período contratado. De modo diverso, a complementação de pensão consiste no pagamento do benefício àqueles indicados como beneficiários pelo titular, na eventualidade de seu falecimento.

Conclui-se, então, que o terceiro indicado contratualmente como beneficiário apenas detém o saldo do crédito acumulado quando advier a morte do participante. Isto é, somente a partir de tal fato fortuito é que a entidade passa a adquirir um liame jurídico-obrigacional em face do terceiro beneficiário.

Assim, a quantia acumulada pelo contratante em relação ao plano de previdência é mera expectativa de direito à complementação de aposentadoria. Em contrapartida, o que o beneficiário terá, quando do falecimento do participante, é direito adquirido à complementação de pensão, não havendo de se falar em transmissão de direitos entre ambos os indivíduos, pois estes são diversos e com fatores econômicos não coincidentes.

Logo, com a atribuição da natureza jurídica de aposentadoria e pensão, é possível concluir pela descaracterização dos planos de VGBL e PGBL como herança.

Como já abordado, a transmissão por meio do procedimento sucessório possui por pressuposto a continuidade da titularidade patrimonial do falecido em outra relação jurídica em decorrência da cessação do direito para o sujeito originário. O próprio termo “suceder” (sub + cedere) representa tal hipótese fático-jurídica, por meio do seu significado que se traduz em “continuar” (Maximiliano, 1952, p. 60)

E, tratando-se da previdência complementar, assim como explicitado, não cabe se falar em continuidade do direito. Há, entre o direito de complementação de aposentaria e o direito

de pensão, apenas vínculo condicional, na medida em que o segundo não se perfaz sem o esgotamento do primeiro.

Assim, é evidente tratar-se de relações distintas, não se aplicando, portanto, o instituto da sucessão, nem tampouco a realização de inventário. O que ocorre, na verdade, é a restituição da reserva acumulada a título de previdência em favor do beneficiário.

Dessa forma, pertinente a aplicação do que se dispõe no art. 794 do Código Civil: "no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito" (Brasil, 2002).

Por essa lógica, passando ao ponto concernente à tributação de VGBL e PGBL, os fundamentos acerca da natureza jurídica securitária das reservas de previdência privada interferem diretamente na incidência do ITCMD.

Quanto ao fato gerador do imposto supramencionado, de acordo com Machado: "o fato gerador do ITCMD é a transmissão, vale dizer, a mudança na propriedade do bem ou do direito. No caso da herança, ou do legado, essa transmissão ocorre no momento da morte do de cujus" (Machado, 2018, p. 289).

Por consequência, os valores referentes aos planos de previdência privada, sendo desqualificados como herança, não podem ser incluídos em base de cálculo para a incidência e a respectiva cobrança do ITCMD.

Em sentido oposto, por meio da legislação dos Estados, e por ato da Secretaria da Fazenda, impõe-se o recolhimento de ITCMD sobre valores oriundos de VGBL e PGBL (Minas Gerais, 2005).

No Estado de Minas Gerais, a cobrança do imposto fundamenta-se na interpretação da Fazenda Estadual de que os respectivos planos de previdência privada possuem natureza de aplicação financeira. Logo, quando ocorre a transferência do capital acumulado para outrem, incide o ITCMD. Nesse sentido, o Decreto nº 43.981, de 03.03.2005, assim determina:

Art. 35-A. As entidades de previdência complementar, abertas e fechadas, as seguradoras e as instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do ITCMD devido a este Estado, na hipótese de transmissão causa mortis ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL -, Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL - ou assemelhado (Minas Gerais, 2005).

Nesse contexto, em que pese a legislação estadual e o ato do Fisco em determinar a tributação dos planos de previdência complementar privada, tal postura é afastada majoritariamente pelas decisões de tribunais e pela jurisprudência. Assim, os contribuintes têm debatido a questão judicialmente, havendo diversos precedentes favoráveis no sentido de concessão, pelo Poder Judiciário, da suspensão liminar da exigibilidade do crédito tributário e do reconhecimento, em decisões terminativas, pelo afastamento da incidência do ITCMD.

5 REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE O PLANO VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL) E O PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL)

A questão da tributação de VGBL e PGBL tornou-se objeto de vários litígios judiciais, com a discussão centrada na natureza jurídica de tais planos, a justificar a incidência do ITCMD (Brasil, 2022b).

Dessa maneira, no respectivo âmbito processual, o egrégio Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que o VGBL não integra a herança, não se submetendo, por consequência, à tributação do ITCMD (Brasil, 2023).

Ademais, restou entendido pelo mesmo colendo Tribunal Superior que, nos casos de dissimulação do fato gerador do ITCMD, cabe à Administração Pública provar o alegado para efetuar o lançamento tributário, nos termos do parágrafo

único do art. 116 do CTN (Brasil, 1966b),⁴ não sendo cabível se valer genericamente da tese de existência de fraude nas contratações, tributando todos aqueles optantes dos planos de VGBL e PGDL, os quais, como já demonstrado, não possuem, por si só, natureza jurídica sujeita à incidência do imposto de transmissão *causa mortis* (Brasil, 2023).

Acerca da constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, pelo julgamento da ADI 2446 (Brasil, 2022a),⁵ nos fundamentos da íclita Ministra Cármen Lúcia, a mencionada norma não poderia ser utilizada pelo fisco para desconstituir atos e negócios jurídicos lícitos desvinculados do fato gerador, diferenciando-se, assim, a elisão e a evasão fiscal, com os seguintes critérios:

De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida (Brasil, 2022b).

Em caso desse mesmo jaez, o excelso Supremo Tribunal Federal também professou que:

Trata-se de recurso extraordinário com agravo contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário. O apelo extremo foi interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucio-

⁴ "Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária" (Brasil, 1966b).

⁵ Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) manteve a validade de dispositivo do CTN, que permite à autoridade fiscal desconsiderar atos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2446, na sessão virtual encerrada em 08.04 (Brasil, 2022a).

nal. O acórdão recorrido ficou assim ementado: Remessa Necessária e apelação cível – Mandado de Segurança – Exação de ITCD em indenização paga aos beneficiários indicados pelo contratante de VGBL – Ilegalidade do ato verificada – hipótese prevista na Lei Estadual nº 14.941/2003 que viola ao disposto nos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional – Concessão da segurança mantida – Recurso voluntário desprovido e sentença de primeiro grau confirmada em remessa necessária. A Lei Federal nº 12.016/2009 prevê a via mandamental como meio de proteção contra ato ilegal de autoridade que importe ameaça de lesão ou lesão efetiva a direito líquido e certo de pessoas físicas e jurídicas, não amparado por habeas corpus e habeas data. O art. 155 da Constituição da República de 1988 que, em uma de suas perspectivas, possui natureza de limitação ao poder de tributar, ao atribuir aos Estados e ao Distrito Federal competências para instituição dos impostos ali enumerados “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.” A natureza jurídica do acordo de vontades e do prêmio a ser pago ao beneficiário indicado pelo contratante de VGBL, que falece antes de implementada as condições para o resgate por ele próprio, é de seguro de vida. Precedentes da jurisprudência pátria. Como consequência, não há que se falar em transmissão de bem ou direito deflagrada pelo falecimento da pessoa que aderiu ao plano VGBL, embora o direito próprio e originário dos beneficiários apontados nesse negócio jurídico tenha como causa de surgimento o fato jurídico morte de contratante, como ocorre com qualquer agraciado em avença de seguro de vida. As hipóteses de incidência versada prevista nos §§6º e 7º do art. 4º da Lei Estadual nº 14.491/2003, introduzidas pela Lei Estadual nº 22.796/2017, contrariam às normas dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional [...]” (Brasil, 2022b).

Portanto, em conformidade com o entendimento da Suprema Corte, apesar de o art. 155 da Constituição da República de 1988 atribuir aos Estados e ao Distrito Federal

competências para instituição dos impostos ali descritos, autorizando a edição de leis prevendo a obrigação de pagamento de prestação pecuniária compulsória, nas hipóteses de transmissão de titularidade de bens e direitos decorrentes da morte da pessoa natural, também devem ser observadas as regras gerais da Lei Federal nº 5.172/1966 (Brasil, 1966b), que instituiu o Código Tributário Nacional, recepcionada pela Ordem Constitucional de 1988 (Brasil, [2024]).

O CTN prevê, em seu art. 109, que: “Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários” (Brasil, 1966b).

Ademais, no art. 110 do mesmo diploma tributário, está disposta a seguinte redação:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (Brasil, 1966b).

Por tais razões, sustenta-se a violação do art. 155, inciso I, da nossa Constituição da República, mormente o significado da expressão “transmissão *causa mortis*”, tratando-se de discussão envolvendo relevante interesse social e assunto intimamente conectado com o ramo do sistema de seguridade social. Note-se, afora isso, interessar a discussão a todos os Estados-membros, por impactar suas receitas tributárias, bem como aos herdeiros ou beneficiários dos titulares daqueles planos.

Nesse contexto, foi ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a Representação de Inconstitucionalidade nº 0008135-40.2016.8.19.0000. A referida ação tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º, II, alínea b e d; 12; 23; 24 e 42, todos pertencentes à Lei Estadual nº

7.174/2015. Em sua fundamentação, argumenta a determinação, pelos dispositivos impugnados, da incidência do ITCMD em operações nas quais não ocorre o fato gerador (Rio de Janeiro, 2019).

Na decisão dos Recursos Extraordinários RE 1.363.013/RJ e RE 1.361.840/SP, o Relator Ministro Dias Toffoli manifestou-se pela existência de repercussão geral da controvérsia em debate, submetendo o caso à apreciação aos demais pares, sendo que, em 23 de maio de 2022, foi publicado Acórdão de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se do Tema 1214, fixando o *r. decisum*:

Recursos extraordinários em que se discute, à luz dos artigos 125, § 2º, e 155, I, da Constituição Federal, se o contexto do qual resulta a percepção de valores e direitos relativos ao PGBL e VGBL pelos beneficiários, em razão do evento morte do titular desses planos, consiste em verdadeira “transmissão causa mortis”, para efeito de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), haja vista acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que declarou a inconstitucionalidade da incidência do tributo sobre o VGBL, mas a constitucionalidade da incidência sobre o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) (Brasil, 2022b).

Embora haja repercussão geral referente ao tema, não foi determinada pela Suprema Corte Brasileira a suspensão do trâmite dos processos debatendo a incidência ou não do ITCMD sobre os valores de VGBL e PGBL, e, ante a atual pendência de fixação de tese uniformizando o entendimento, segue existindo a discussão tanto na esfera administrativa, como no Poder Judiciário, em instâncias ordinárias.

6 CONCLUSÃO

Discorridas as teses sobre o tema, chegou-se à conclusão da definição a respeito da natureza jurídica dos planos de previdência complementar privada, com base nos seus elementos de formação, consubstanciados na regulação normativa, nas

suas regras de funcionamento e operacionalização, maneira de execução econômica e diferenças básicas e estruturais, das outras aplicações financeiras.

Por tal lógica, diante do estudo das características dos planos de previdência complementar, torna-se possível diferenciar a sistemática do PGBL e do VGBL em relação ao instituto da herança. Embora estes se verifiquem em decorrência do evento da morte, sabe-se não possuírem a mesma natureza jurídica, estabelecida pelo regramento de transferência dos bens.

Enquanto a herança se transmite obrigatoriamente, por determinação legal, a herdeiros necessários, após a inventariança dos bens, o benefício de um plano de previdência complementar será repassado a beneficiários, anteriormente estipulados, por força de disposição contratual, não dependendo de procedimentos, somente a comprovação do fato relativo ao óbito, para ser transmitido.

Este estudo, dessa forma, elencou vários julgados recentes, constatando a posição jurisprudencial, a qual, em sua maioria, entendeu pela natureza de seguro de vida dos planos de previdência complementar, ressaltando o afastamento da incidência do ITCMD e, até mesmo, com a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos legais relativos à sua incidência, tonando-se a tratada controvérsia uma temática de repercussão geral.

Assim, após toda esta análise esmiuçada das abordagens atuais sobre o abrangente tema tratado neste artigo, conclui-se possuírem os planos de VGBL e PGBL natureza atípica aos critérios estabelecidos para enquadramento como herança tributável pós-morte. Portanto, totalmente admissível a defesa do afastamento da exigência de ITCMD sobre os planos identificados.

E, na hipótese de interpretação pelo Estado, quanto à existência de abuso do direito ou eventual fraude, necessário a Administração Pública efetivamente comprovar, em procedimento próprio, a obrigatoriedade da eventual exação, antes de efetuar o lançamento tributário, evitando-se, com isso, o aumento do contencioso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1966a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 5.172, 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966 e retificado em 31 out. 1966b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias

e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 maio 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Resolução CNSP nº 140, de 2005. Altera e consolida as regras de funcionamento e os critérios para operação da cobertura por sobrevivência oferecida em plano de seguro de pessoas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 85, 30 dez. 2005. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmapa.exe?router=upload/6121>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.937.821/SP*. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em 12 de outubro de 2021a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.961.488/PR*. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 22 de março de 2023. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964. p. 71.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49/RN. Direito Constitucional e Tributário. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ICMS. Deslocamento físico de bens de um estabelecimento para outro de mesma titularidade. Inexistência de fato gerador. Precedentes da Corte. Necessidade de operação jurídica com tramitação de posse e propriedade de bens. Ação julgada improcedente. [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Intdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de abril de 2021. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 maio 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755741172>. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2446. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 104/2001. Inclusão do parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional: norma geral antielisiva. Alegações de ofensa aos princípios da legalidade, da legalidade estrita em direito tributário e da separação dos poderes não configuradas. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de abril de 2022. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 abr. 2022a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760366746>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 1363013 RG. Repercussão geral em recurso extraordinário. Direito tributário. Discussão a respeito da incidência do ITCMD sobre o plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano. Matéria constitucional. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2022. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 maio 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagina->

dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760876753. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.255.885/MS. Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. [...] Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia. Recorrente: Ana Fumie Yokoyama e outro (a/s). Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora: Min. Presidente, 14 de agosto de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 set. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753826308>. Acesso em: 03 jun. 2024.

BRAZUNA, José Luiz Ribeiro. *Direito Tributário aplicado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina, 2021.

BERGAMINI, Adolpho. *Coleção Curso de Tributos Indiretos – ICMS*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Noeses, 2021.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA, Eliud José Pinto da. *ICMS mercantil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14. ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1934.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

MIGALHAS. Juiz de MG extingue ICMS em deslocamento de matriz para filial. *Migalhas*, São Paulo, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/373164/juiz-de-mg-extingue-icms-em-deslocamento-de-matriz-para-filial>. Acesso em: 19 de jun. 2024.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. 33. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2024. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/52714/1/CE%20Atualizada%202024-02-33%c2%aaed-Fevereiro.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Decreto nº 43.981, de 3 de março de 2005. Regulamenta o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD. *Minas Gerais, Diário do Executivo*, Belo Horizonte, p. 2, col. 1, 4 mar. 2005.

Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/43981/2005/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975. Consolida a legislação tributária do estado de minas gerais e dá outras providências. *Minas Gerais*, Diário do Executivo, Belo Horizonte, p. 3, col. 4, microfilme 220, 30 dez.1975. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/6763/1975/?cons=1>. Acesso em: 20 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado. *Processo nº 5138109-62.2021.8.13.0024*. Sentença. ICMS - Transferência de Mercadorias entre Estabelecimentos do Mesmo Contribuinte. Belo Horizonte, 31 ago. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

NABAIS, Jose Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Órgão Especial). Direta de Inconstitucionalidade. Representação por inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 7.174/2015 que dispõe sobre "imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro". Relatora: Des.^a Ana Maria Pereira de Oliveira, 11 de junho de 2019. *Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045C890C5C476737C855844A372DB->

D0406C50A352E3F57&USER=. Acesso em: 20 jun. 2024.
TARTUCE, F. *Direito civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 10. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, F. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método,
2015.85.

200
años



O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O DIREITO CIVIL: CONSTITUCIONALIZAÇÃO OU CODIFICAÇÃO?

THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM AND CIVIL LAW: CONSTITUTIONALIZATION OR CODIFICATION?

Marcelo de Oliveira Milagres¹

RESUMO

Embora a Constituição Imperial de 1824 seja o marco inicial dos 200 (duzentos) anos, é preciso dizer que o constitucionalismo brasileiro tem fontes pretéritas. A história do constitucionalismo é permeada por nuances de várias naturezas que se interpenetram: política, econômica, sociológica, cultural, filosófica. O movimento constitucional brasileiro pode ser estudado sob diversas e ricas perspectivas. Este artigo propõe trazer algumas reflexões sobre o constitucionalismo e o direito civil – ou a denominada constitucionalização do direito civil. Na primeira parte, traça-se um panorama, desde a Carta de 1891 até a Constituição de 1988, para mostrar como alguns institutos de direito privado foram inseridos nos textos constitucionais. Na segunda parte, discutem-se a denominada constitucionalização do direito civil e a própria centralidade, ou não, do Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: Constituição; Direito Civil; Código Civil; constitucionalização; codificação.

ABSTRACT

Although the Imperial Constitution of 1824 is the starting point for the 200 (two hundred) years, it must be said that Brazilian constitutionalism has past sources. The history of

¹ Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, professor associado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: milagres@tjmg.jus.br.

constitutionalism is permeated by nuances of various natures that interpenetrate each other: political, economic, sociological, cultural, philosophical. The Brazilian constitutional movement can be studied from diverse and rich perspectives. This article proposes to bring some reflections on constitutionalism and civil law — or the so-called constitutionalization of civil law. The first part provides an overview, from the 1891 Charter to the 1988 Constitution, to show how some private law institutes were inserted into constitutional texts. The second part discusses the so-called constitutionalization of civil law and the centrality, or no, of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Constitution; Civil Law; Civil Code; constitutionalization; codification.

1 INTRODUÇÃO

As efemérides por ocasião do bicentenário do constitucionalismo brasileiro são absolutamente valiosas e permitem reflexões sobre a própria história institucional.

Pode-se viver em um dia, mas, evidentemente, nessa mesma fração de tempo, não se constrói um Estado.

Embora a Constituição Imperial de 1824 seja o marco inicial dos 200 (duzentos) anos, é preciso dizer que o constitucionalismo brasileiro tem fontes pretéritas.

A história do constitucionalismo é permeada por nuances de várias naturezas que se interpenetram: política, econômica, sociológica, cultural, filosófica.

Em verdade, a história não é dada, mas construída. Segundo Boris Fausto (2007), não há uma verdade histórica imutável:

O passado histórico é um dado objetivo e não pura fantasia, criada por quem escreve. Mas essa objetividade, composta de relações materiais, de produtos da imaginação social e da cultura, passa pelo trabalho de construção do his-

toriador. Como disse antes, ele seleciona fatos, processos sociais etc., e os interpreta, de acordo com suas concepções e as informações obtidas. Por isso, ao mesmo tempo que não é arbitrária, a História – tanto ou mais do que outras disciplinas – se encontra em constante elaboração (Fausto, 2007, p. 15).

A curiosidade perpétua que, segundo Jacques Le Goff (*apud* Bloch, 1993), é o primeiro estímulo da história, deve ser aliada a um intenso trabalho de pesquisa da memória. Em razão dos vários métodos de trabalho, a interpretação do passado tem, verdadeiramente, um surpreendente futuro diante de si.

Nesse esforço de memória, pode-se dizer que o liberalismo, filho do iluminismo, influenciou a busca de uma Lei Fundamental que pudesse conter o absolutismo. Nesse sentido, as revoluções Gloriosa (1688), Norte-Americana (1776) e Francesa (1789) revelaram ideais que, de alguma forma, fomentaram os movimentos constitucionais.

Entre nós, não se pode desconsiderar a influência dos ventos liberais, sobretudo da Revolução Francesa, na Inconfidência Mineira. A ideia de um Estado independente, republicano, com capital em São João Del Rey, fomentou a ação dos inconfidentes. O insucesso da empreitada, com a condenação de muitos dos envolvidos, não afastou, contudo, o ideal de liberdade.

É bem verdade que a vinda da Corte para o Brasil em 1808, transformando a colônia em sede do Império, fomentou a institucionalização de um governo local (Schwarcz, 1993) e, após a proclamação da independência, houve a necessidade de uma constituição que pudesse, ainda que de forma subjacente, conter ímpetos de abolição da monarquia (Schwarcz, 1993). A Constituição, após a dissolução da constituinte em 1823, não foi resultado de um trabalho democrático, mas de um Conselho de Estado nomeado pelo imperador (Maciel, 2002).

Para Adhemar Ferreira Maciel, o constitucionalismo brasileiro

começou mesmo em Portugal, com a Revolução de 24 de agosto de 1820. Quando as notícias da Revolução do Porto chegaram ao Brasil, houve agitação geral. Toda gente se intitulada 'liberal'. Todos queriam ser 'constitucionais'. Ventos libertários sopravam da Europa. No Rio de Janeiro, militares portugueses forçaram D. João a jurar a Constituição que ainda estava sendo elaborada pelas Cortes Constituintes de Lisboa (Maciel, 2002, p. 16).

Segundo Pontes de Miranda, o direito brasileiro não pode ser estudado desde as sementes, "nasceu do galho de planta, que o colonizador português, trouxe e enxertou no novo continente" (Miranda, 1981, p. 27). A julgar pelo vigor do movimento constitucional, esse galho adveio de uma planta com vocação de universalidade.

Destarte, o movimento constitucional brasileiro pode ser estudado sob diversas e ricas perspectivas. Como adverte Luis Roberto Barroso, constituições, "como é trivialmente sabido, não nos faltaram. Antes pelo contrário, nesta matéria teremos pecado mais pelo excesso do que pela escassez"² (Barroso, 1993, p. 5).

É preciso, constantemente, propugnar pela força normativa da constituição, que, segundo Konrad Hesse, "depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis" (Hesse, 1991, p. 21).

Sem embargo de outras e relevantes perspectivas, este artigo propõe trazer algumas reflexões sobre o constitucionalismo e o direito civil – ou a denominada constitucionalização do direito civil. Na primeira parte, traça-se um panorama, desde a Carta de 1891 até a Constituição de

² Mais à frente, destaca o autor que "na acidentada trajetória institucional do Estado brasileiro, o elevado número de Constituições – que conduz à média de uma a cada vinte anos – não diluiu sequer a quantidade de emendas e de remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-las a um figurino cada vez mais disforme" (Barroso, 1993, p. 41).

1988, para mostrar como alguns institutos de direito privado foram inseridos nos textos constitucionais. Na segunda parte, discutem-se a denominada constitucionalização do direito civil e a própria centralidade, ou não, do Código Civil brasileiro.

2 PANORAMA DOS INSTITUTOS DE DIREITO PRIVADO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Carta do Império de 25 de março de 1824 reconheceu o regime monárquico, com a hipertrofia dos poderes do Imperador em razão do exercício do Poder Moderador. Segundo o art. 98, o Poder Moderador era a chave de toda a organização política, cabendo ao Imperador a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes (Brasil, 1824).

No âmbito da historicidade católica do país, destaque-se o disposto no art. 5º, que afirmou a Religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Império (Brasil, 1824). No plano organizacional, previa-se o sistema legislativo central bicameral, com a figura do senador vitalício (Brasil, 1824).

No plano dos denominados “direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” (art. 179), reconheceu-se a liberdade de manifestação (inciso IV), a inviolabilidade do domicílio (inciso VIII), a prisão, salvo as exceções legais, mediante culpa formada (inciso VIII) e o direito de propriedade (inciso XII), inclusive da propriedade intelectual (inciso XXVI) (Brasil, 1824).

A Carta Imperial destaca, no âmbito dos direitos privados, a garantia do direito de propriedade

em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização (Brasil, 1824).

Interessante que o art. 179, XVIII, dessa Carta, determinou que se organizasse, o quanto antes, um Código Civil

e um Código Criminal para o Império (Brasil, 1824). O regime, contudo, terminou antes dessas providências.

A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, sob os influxos do movimento liberal, manteve a ênfase no direito de propriedade privada, com destaque para as suas expressões sobre inventos e marcas. Na seção denominada "Declaração de Direitos" (art. 72), estabeleceram-se enunciados sobre liberdade de exercício de profissão (§ 24), sobre inventos (§ 25), direitos autorais (§ 26) e de propriedade das marcas (§ 27). Também merecem relevo: inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (caput); a liberdade de culto (§ 3º); o estado laico (§ 7º); o direito de propriedade (§ 17); a inviolabilidade do sigilo de correspondência (Brasil, 1891).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, ao lado da continuada promoção do direito de propriedade (art. 113, caput), inclusive de marcas e nome comercial (item 19), trouxe disposições sobre o importante instituto da família. Àquela época, ainda sob os influxos religiosos, definia-se que a família era constituída apenas pelo casamento (art. 144), havendo previsão do reconhecimento dos denominados filhos naturais (art. 147) (Brasil, 1934).

A Carta de 10 de novembro de 1937 foi imposta por Getúlio Vargas. Dos seus considerandos, destaca-se o seguinte tópico:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil [...] (Brasil, 1937).

Segundo José Afonso da Silva, a

Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo (Silva, 1999a, p.85).

A garantia da liberdade de expressão foi praticamente suprimida por regra absolutamente restritiva. Segundo o art. 122, nº 15,

todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei, [...] que pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado (Brasil, 1937).

A despeito de ainda se reconhecer somente a família constituída pelo casamento, com a distinção da figura de filhos (naturais e legítimos), a Carta de 1937 trouxe disposições sobre o direito à educação (art. 125) e à infância e juventude (art. 127), destacando-se que "o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral" (Brasil, 1937).

Findo o Estado Novo, o processo de redemocratização culminou com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

Em seu texto, destacam-se os direitos e garantias individuais (art. 141), como a liberdade de manifestação de pensamento (§ 5º), a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (§ 7º) e o direito de propriedade (§ 16) (Brasil, 1946).

Prevaleceu a restrição da família constituída pelo casamento (art. 164), destacando-se, contudo, a liberdade e a solidariedade na promoção do direito à educação: “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana” (art. 166) (Brasil, 1946).

Com o regime militar, sobreveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (Brasil, 1967, 1969).

A denominada “liberdade de expressão” foi objeto de redação condicional:

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (Brasil, 1967).

Manteve-se a regra da família constituída pelo casamento indissolúvel (art. 167) bem como a preocupação com a promoção da educação: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana” (art. 168) (Brasil, 1967).

Na intensa necessidade de retomada democrática, aprovou-se, em 5 de outubro de 1988, um texto constitucional

analítico, com previsão de vários direitos, inclusive sociais, e também com menção a vários institutos de direito privado.

A própria topografia do texto constitucional, com a previsão, no famoso art. 5º, dos direitos e garantias fundamentais, já denota a ênfase do constituinte. Nesse rol aberto de direitos, reconhece-se a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V), a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X), a inviolabilidade da casa (inciso XI) e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (inciso XII), a liberdade de locomoção (inciso XV), o direito de reunião (inciso XVI), a liberdade de constituição de associações (inciso XVII), o direito de propriedade (inciso XXII) e sua função social (inciso XXIII), os direitos de autor e a propriedade intelectual (incisos XXVII, XXVIII e XXIX), o direito de herança (inciso XXX), a promoção dos direitos do consumidor (inciso XXXII) e mais recentemente, em razão da realidade digital, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais (inciso LXXIX)³ (Brasil, 1988).

Como princípios da ordem econômica, previstos no art. 170, destacam-se a propriedade privada (inciso II), a função social da propriedade (inciso III) e a defesa do consumidor (inciso V) (Brasil, 1988).

No âmbito do direito patrimonial, há previsão das modalidades urbana (art. 183) e rural (art. 191) de usucapião.

No título VIII (Da Ordem Social), destaque-se o Capítulo VII, com disposições sobre família, criança, adolescente, jovem e idoso. Reconheceu-se, expressamente, a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), com igualdade de direitos no âmbito da sociedade conjugal (§ 5º), a dissolução do casamento mediante divórcio (§ 6º). Afastou-se qualquer discriminação relativa à filiação (art. 227, § 6º) (Brasil, 1988).

³ Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022 (Brasil, 2022).

Nessa linha histórica, que culmina com a Constituição da República de 1988 e os relevantes institutos de direito privado nela encartados, indaga-se sobre a constitucionalização do direito civil.

3 A CONSTITUIÇÃO E A CENTRALIDADE DO CÓDIGO CIVIL

Não há dúvidas da superação da rígida separação entre o direito público e o direito privado. O diálogo é constante. Tal comprovação, contudo, parece não excluir a força da historicidade dos institutos do direito civil. Nesse aspecto, discute-se a melhor compreensão do que se denominou “constitucionalização do direito civil”, perspectiva defendida por renomados autores (cf. Perlingieri, 2002; 2008; Tepedino, 2004; 2012).

Gustavo Tepedino defende que

constitucionalização do Direito Civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática criada pela Escola da Exegese, que pudesse ser a cada momento purificada ou atualizada, mas uma definição metodológica, que retrata, ao mesmo tempo, uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o Direito Civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta (Tepedino, 2012, p. 20).

A constitucionalização do direito civil pode ser pensada a partir da inserção de institutos de direito privado no texto constitucional: propriedade, contrato, responsabilidade civil e, principalmente, família. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (Lôbo, 1999, p. 100).

Ainda que se possa falar em constitucionalização do Direito Civil, não se pode desconsiderar sua autonomia histó-

rica, cultural e dogmática. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Jr., o “apelo permanente à Constituição, à unidade da ordem jurídica constitucionalizada e à recondução geral do Direito aos princípios constitucionais não tem força para apagar as fronteiras do Direito Privado” (Rodrigues Jr., 2019, p. 144).

Não há dúvida da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico. A “constitucionalização do direito civil” não pode ser definida a partir dessa supremacia hierárquica constitucional, porquanto todas as normas lhe devem observância.⁴ Pois, como bem acentua José Afonso da Silva, as

normas constitucionais, sem distinção, são dotadas, enfim, de uma eficácia superior a todas as demais normas que compõem a ordem jurídica nacional. Trata-se de uma eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis, e construtiva da ordem jurídica sucessiva (Silva, 1999b, p. 263).

O relevante movimento constitucional de absorção, em seu corpo, de institutos próprios de direito privado, não significa o afastamento da centralidade e da importância do Código Civil.

Em tempos de discussão sobre a necessidade de atualização do Código Civil brasileiro, afigura-se atual o pensamento de João Baptista Villela (2023), que, com base no trabalho do italiano Francesco Busnelli, defende a importância da centralidade do Código Civil no âmbito da ordem jurídica. Contudo, não uma centralidade com a pretensão da completude da codificação, mas “uma centralidade que faz o código adquirir em força irradiante aquilo que perde em exaustividade e fixidez” (Villela, 2023, p. 53).

⁴ “O equívoco de se associar constitucionalização do Direito Civil à supremacia constitucional é, portanto, de quatro ordens: a) histórica, como já demonstrado na descrição de suas origens; b) doutrinária, pois nunca houve contestação séria na dogmática do Direito Civil a seu caráter normativo ordinário e à sua subordinação constitucional; c) prática, a Constituição como centro da ordem jurídica foi um arranjo destinado a resolver problemas federativos e de conflitos de fontes; d) metodológica, trata-se de uma afirmação óbvia e tão genérica que impede a formação de um modelo de constitucionalização nela baseado” (Silva, 1999, p. 187).

Não se pode, pois, proclamar a morte dos códigos civis ou a própria publicização do direito civil. Não se discute, por certo, a importância da Lei Fundamental. Porém, salienta o mestre que

cresce o papel do intérprete, que deve ler o Código Civil sempre à luz da Constituição, claro, mas sem deixar de fazer dele, mesmo à falta de regras expressas, o polo de um onde saem e para onde chegam todas as regras concernentes à regulação da liberdade privada (Villela, 2023, p. 60).

Assim como nem tudo se resume à constitucionalização do Direito Civil, é preciso analisar com cautela as relações entre o Direito Privado e os direitos fundamentais. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Jr., se

antes poderia ser criticada a omissão dos civilistas em se ocupar das relações entre o Direito Privado e os direitos fundamentais, agora o problema é de outra ordem: existe excesso de reconhecimento desses vínculos e preocupação menor em se *discutir como se operacionalizam tais relações* (Rodrigues Jr., 2019, p. 243, grifo nosso).

Não há dúvida da supremacia da ordem constitucional e da importância da efetivação dos direitos fundamentais.

Não é nova a tese que reconhece a incidência e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se apontar o caso Erich Lüth, julgado pelo Tribunal Federal Constitucional alemão. Erich Lüth, aos 20 de setembro de 1950, proferiu discurso contrário ao cineasta Veit Harlan, que seria nacional-socialista e promovia uma política antissemita. Ela teria incentivado o boicote aos filmes de Veit Harlan, que o processou, com fundamento no § 826, por conduta ofensiva à cláusula geral dos bons costumes. Em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que Erich Lüth exerceu o seu direito fundamental de liberdade de expressão. Segundo Rodrigues Jr.:

A partir dessa narrativa interna da decisão, duas coisas ficarão evidentes: (i) o respeito do tribunal ao Direito Civil; (ii) o uso dos métodos de interpretação de Savigny como mecanismos antecedentes à tomada de decisão final, a saber, o reconhecimento de que Lüth exerceu o direito à liberdade comunicativa, na modalidade “livre expressão do pensamento”, e, desse modo, não poderia sofrer uma restrição a direito fundamental. A admissão de que Lüth agiu sob o império de um direito fundamental em face de um particular, era parcialmente inovadora. Tradicionalmente, os direitos fundamentais nasceram como direitos de defesa contra agressões do Estado ao indivíduo. Passou-se assistir a seu uso contra terceiros, o que já era possível nos tempos de Weimar, ainda que timidamente. O novo estava em como e em que limites essa utilização atípica dos direitos fundamentais ocorreria doravante (Rodrigues Jr., 2019, p. 260).

Como acentua Claus-Wilhelm Canaris (2006), o direito privado está, de todo em todo, vinculado aos direitos fundamentais. É imperativo da lógica normativa que a legislação infraconstitucional esteja vinculada aos direitos fundamentais constitucionais, segundo o princípio da primazia da lex superior.

Segundo Matthieu Lys (2009), a horizontalização dos direitos fundamentais pode ser realizada pelos juízes, concorrentemente ou subsidiariamente à intervenção do legislador. Trata-se de uma opção sincrética pela adoção da eficácia dos direitos fundamentais: uma incidência subsidiária (como ultima ratio) e uma incidência direta em caráter concorrente ao legislador.

Conforme Daniel Sarmiento (2008), é inquestionável a necessidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. O que se discute, porém, é a forma e a intensidade dessa incidência.

Com efeito, nem todos os problemas no âmbito das relações privadas se solucionam com a aplicação imediata e direta de princípios, preceitos constitucionais e de direitos fundamentais. Existe um sistema de regras que não pode ser excluído.

Segundo Otavio Luiz Rodrigues Jr., o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais das relações privadas “apresenta vantagens operacionais e metodológicas em um campo sensível para o Direito Civil contemporâneo: o problema da unidade da ordem jurídica e a busca por um fundamento para essa área do Direito Privado” (Rodrigues Jr., 2019, p. 347).

Em que pesem as críticas à eficácia direta dos direitos fundamentais (que não exige uma mediação legal)⁵ às relações privadas, essa parece ser a tese acolhida, majoritariamente, pela doutrina e, de alguma forma, reproduzida pela jurisprudência.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em 11 de outubro de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, reconheceu a eficácia direta do direito fundamental do devido processo legal em questão relativa à exclusão de associado de entidade privada. Segundo o Tribunal, as violações de direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas, igualmente, nas relações entre particulares; daí a incidência de tais direitos nas relações, protegendo os particulares em face dos poderes privados (Brasil, 2006).

4 CONCLUSÃO

Nesses 200 (duzentos) anos de textos constitucionais no Brasil, tivemos avanços e retrocessos, certezas e incertezas. A ambivalência não é, em si, um problema, insere-se, pois, na necessária e dinâmica historicidade institucional.

O debate entre constitucionalização e codificação não pode partir de uma ideia de absoluta contraposição. Não há dúvida da força normativa da Constituição, da sua posição de vértice da ordem jurídica.

⁵ Rodrigues Jr. reconhece que a Constituição da República de 1988 “possui diversos direitos fundamentais que se apresentariam imediatamente vinculantes aos particulares, sem necessidade ou com exigências mínimas de intervenção legislativa. Em geral, exemplificam-se tais hipóteses com os direitos sociais, ao estilo das férias, da gratificação natalina, do descanso semanal remunerado, da remuneração diferenciada aos trabalhadores do turno da noite e da licença-maternidade” (Rodrigues Jr., 2019, p. 350).

Por sua vez, a inserção de institutos de direito civil no texto constitucional não exclui ou afasta a dogmática do direito privado. O Código Civil deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, o que não exclui a efetividade da codificação no seu papel central na disciplina das relações entre particulares.

Não há dúvida da relevância dos valores constitucionais, dentre os quais se destaca a liberdade, sobretudo, na esfera privada. Liberdade que pressupõe responsabilidade a partir de observância de regras e preceitos claros, resultado, também, do processo de codificação.

Machado de Assis bem acentuava que a Justiça “requer alguma coisa menos precária, mais certa; não se pode fiar de hipóteses, de casualidades, de temperamentos” (Machado de Assis, 1994, p. 26).

A continuada e inacabada construção dessa segurança pressupõe o vértice constitucional e a centralidade do código civil na disciplina das relações privadas, sem os excessos da Escola da Exegese, mas com o foco na pessoa em seus mais diversos âmbitos de vida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. *Os reis taumaturgos: o caráter sobrenatural do poder régio, França e Inglaterra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 8865, 20 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 fevereiro 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano

160, n. 30, 11 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=11/02/2022&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=269>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 201819/RJ*. Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Requerente: União Brasileira de Compositores. Requerido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 10 out. 2024.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Mônica Sette (org.) *O direito e a ciência: tempo e métodos*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

LYS, Matthieu; ROMAINVILLE, Céline. Le droit au logement dans la constitution belge. *In: LE DROIT au logement: vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain*. Actes du colloque du 19 octobre 2007, organisé par l'Institut

des droits de l'homme du barreau de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre o constitucionalismo brasileiro antes do advento da república. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 39, n. 156, p. 13-24, out./dez., 2002.

MACHADO DE ASSIS. *Crônicas escolhidas*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

MIRANDA, Pontes. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999b.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999a.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito privado à luz da constituição da República. *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. Entre decodificação e constitucionalização: a centralidade busnelliana. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. *João Baptista Villela: obra selecionada*. São Paulo: Dialética, 2023. p. 45-62.

200
años



UMA REVISITAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL E OS DOIS SÉCULOS DE CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A REVISITATION OF THE IMPERIAL CONSTITUTION AND TWO CENTURIES OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

Marcos Henrique Caldeira Brant¹

RESUMO

Este artigo explora a Constituição de 1824, destacando sua representação na arte e seu impacto duradouro no constitucionalismo brasileiro. Ao revisitar os dois séculos desde sua publicação, o texto analisa as influências políticas e sociais que moldaram o documento, bem como sua relevância na formação da identidade nacional e do Estado de Direito no Brasil. Através de uma análise histórica, o artigo oferece uma compreensão aprofundada da primeira Constituição do Brasil e seu legado.

Palavras-chave: Constituição de 1824; arte; constitucionalismo brasileiro; identidade nacional; Estado de Direito; análise histórica.

ABSTRACT

This article explores the 1824 Constitution, highlighting its representation in art and its lasting impact on Brazilian constitutionalism. By revisiting the two centuries since its promulgation, the text analyzes the political and social influences that shaped the document, as well as its relevance in the formation of national identity and the Rule of Law in Brazil. Through a historical analysis, the article offers a deep understanding of Brazil's first Constitution and its legacy.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. *E-mail:* gab.mhcbarrant@tjmg.jus.br.

Keywords: 1824 Constitution; art; Brazilian constitutionalism; national identity; Rule of Law; historical analysis.

1 A ARTE: A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Figura 1 - O Imperador D. Pedro I



Manuel de Araújo de Porto-Alegre, 1826, óleo sobre tela, 1.123 x 949 cm. Em exposição no Museu Histórico Nacional (Rio de Janeiro / RJ). Fonte: <https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Araujo-dpedrol-MHN.jpg>

Em uma leitura interpretativa da obra plástica de Manuel de Araújo Porto-Alegre (1806 - 1879), observamos o Imperador Dom Pedro I no Paço Imperial, com o trono de despacho ao fundo, enfatizando a dualidade de seu poder por meio da Constituição e da espada; a Constituição de 1824, segura em riste e apoiada com a mão direita, simboliza a legalidade e a legitimidade do governo, posicionando o Imperador como um líder que respeita o pacto social. Essa mão, associada à razão e justiça, destaca o Imperador como um monarca moderado, que reconhece limites ao seu poder.

Em contraste, a espada embainhada, segurada na mão esquerda, representa a força militar e a coerção. Essa mão, ligada ao instinto e à intervenção, sugere que a força deve ser usada apenas para proteger a ordem estabelecida pela Constituição, não como instrumento de tirania. O equilíbrio entre esses elementos expressa a complexidade de seu papel: legislador e guerreiro, em que a violência é legitimada pela necessidade de defesa das instituições.

Porto-Alegre, assim, apresenta Dom Pedro I como o “guardião das leis”, reforçando a ideia de que a verdadeira ordem, em um Estado, deve ser sustentada pela interação entre força e justiça. A presença do trono e outros elementos visuais complementam essa narrativa, sublinhando seu papel ativo na construção da nação. Além disso, as condecorações em seu peito simbolizam sua legitimidade dinástica e conexões internacionais, consolidando sua imagem como um líder respeitado tanto no Brasil quanto na Europa. A obra, portanto, não é apenas um retrato, mas uma declaração visual da complexa relação entre poder, lei e identidade nacional.

No ano de 2024, em que se celebram, com grande destaque nos meios políticos, jurídicos e acadêmicos, os 200 anos do constitucionalismo brasileiro, é necessário revisitar a história da Constituição Imperial de 1824, marco significativo dessa efeméride.

2 A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823

Antes mesmo do emblemático grito de independência, às margens do riacho do Ypiranga, em 7 de setembro de 1822, o então Príncipe Regente Dom Pedro, atendendo aos conselhos de José Bonifácio de Andrada e Silva, percebeu a necessidade de constitucionalizar o país, convocando uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com base nas eleições de 3 de junho de 1822.

Foram eleitas para a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa pessoas da classe dominante, representando a elite intelectual, econômica e política do Império: 23 bacharéis, 7 formados em cânones, 22 desembargadores, 19 clérigos, 3 médicos e 7 militares, totalizando 100 deputados das 14 províncias existentes. Desses, 20 eram de Minas Gerais, 13 da Bahia e de Pernambuco, 9 de São Paulo, 8 do Ceará e do Rio de Janeiro, 5 de Alagoas e Paraíba, 4 do Maranhão, 3 do Pará e do Rio Grande do Sul, 2 de Goiás e Cisplatina e 1 do Piauí, Rio Grande do Norte, Espírito Santo, Mato Grosso e Santa Catarina. No entanto, as províncias de Sergipe, do Pará, do Maranhão, do Piauí e da Cisplatina (atual Uruguai) não se fizeram representar por estarem envolvidas em conflitos regionais, o que reduziu o número para 84 deputados.

3 A PRESSÃO PELA CONSTITUIÇÃO

Com a proclamação da independência em 7 de setembro de 1822, a construção de um texto constitucional apto a garantir a unidade nacional se tornou ainda mais premente. Durante seu ato de coroação como Imperador, em 1º de dezembro de 1822, Dom Pedro I declarou: “Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de mim.”

A Assembleia Geral Constituinte e Legislativa foi finalmente instalada com muito entusiasmo em 3 de maio de 1823 (data até então consagrada ao descobrimento do Brasil), no prédio reformado da Cadeia Velha, onde funcionou

a Câmara dos Deputados, sob a presidência do Bispo Capelão-Mor Dom José Caetano da Silva Coutinho, com a presença do Imperador Dom Pedro I (que estava “descoberto”, sem a coroa e o cetro). Em seu pronunciamento, o Imperador reiterou a frase usada pelo Rei Luís XVIII, na Carta Constitucional da França de 1814, reafirmando seu compromisso condicional com o novo documento: “O Imperador do Brasil jurará defender a futura Constituição se ela for digna do Brasil e dele próprio.” E ainda reforçou: “Espero que a Constituição que façais mereça a minha imperial aceitação.”

4 OS ATUAIS DEBATES E A COMPOSIÇÃO DA ASSEMBLEIA

Nos trabalhos constituintes, destacaram-se as atuações firmes de diversos Deputados. Pela Província de São Paulo, estiveram presentes José Bonifácio de Andrada e Silva, Martim Francisco Ribeiro de Andrada e Antônio Carlos de Andrada, além de outros representantes atuantes. Pela Província de Minas Gerais, destacaram-se Antônio Gonçalves Gomide, Padre Belchior, Araújo Viana, Estevão Ribeiro de Resende, Maciel da Costa, Padre José Vasconcelos, além dos antigos inconfidentes José de Resende Costa e Padre Manuel Rodrigues da Costa. Na Província da Bahia, participaram ativamente Ferreira França, Felisberto Caldeira Brant (substituído até 11 de outubro por Antônio Calmon), Francisco Carneiro de Campos, Montezuma, José da Costa Carvalho, José da Silva Lisboa, Carvalho e Melo, Manuel Antônio Galvão e Miguel Calmon Du Pin e Almeida (cabe mencionar que Cipriano Barata e Francisco Agostinho Gomes não tomaram assento). Pela Província de Pernambuco, destacaram-se Bernardo José da Gama, Monsenhor Muniz Tavares, Pedro de Araújo Lima, D. Nuno de Locio e Seibliz, Padre Venâncio Henriques de Resende, Araújo Gondim e Manuel Inácio Cavalcanti de Lacerda. Na Província do Ceará, José Martiniano de Alencar, Rodrigues de Carvalho e José Mariano de Albuquerque Cavalcante representaram com vigor os interesses locais. Pela Província do Rio de Janeiro, estavam presentes

Pereira da Cunha, o Bispo D. José Caetano da Silva Coutinho, José Egídio Álvares de Almeida, José Joaquim Carneiro de Campos, Manuel Jacinto Nogueira da Gama, Sousa França e Martim Francisco (este último como suplente). Já pela Província do Rio Grande do Sul, participaram o Marechal Chagas Santos, Antônio Martins Bastos, Joaquim Bernardino de Sena Ribeiro da Costa e Feliciano Fernandes Pinheiro. Por fim, pela Província de Alagoas, estavam entre os constituintes Lopes Gama, Padre José Antônio, Inácio Accioli de Vasconcelos e José de Sousa Melo, todos contribuindo para o desenvolvimento dos debates.

5 DIVISÕES POLÍTICAS E O PROJETO CONSTITUCIONAL

Os grupos políticos da Constituinte se dividiam entre os Conservadores (conhecidos como “partido português”), minoritários, com tendências absolutistas, e os Liberais (chamados de “partido brasileiro”), que desejavam estabelecer uma monarquia constitucional. Estes últimos se subdividiam em “liberais exaltados” e “liberais moderados”, com propostas distintas quanto à limitação dos poderes do Imperador.

O projeto de Constituição foi apresentado pelo deputado Antônio Carlos de Andrada, em 30 de agosto de 1823, e começou a ser efetivamente discutido em 15 de outubro, com a tendência de instituir uma monarquia constitucional que respeitasse os direitos individuais e delimitasse claramente os poderes do Imperador. O expediente de trabalho da Assembleia Constituinte era de quatro horas por dia, de 10 às 14 horas.

Com 282 artigos, o projeto constitucional logo ficou conhecido como “Constituição da Mandioca”, devido à exigência de comprovação de propriedade rural como critério de elegibilidade. O texto gerou grande atrito entre os deputados e o Imperador, especialmente em relação ao controle do Poder Executivo pelo Legislativo — uma vez que o Imperador não poderia dissolver a Constituinte quando achasse necessário e ele não teria direito ao veto absoluto sobre as leis aprovadas

pelos parlamentares — e à proibição de estrangeiros para cargos políticos.

6 O FAMIGERADO DECRETO DE 12 DE NOVEMBRO

As constantes divergências levaram Dom Pedro I a adotar uma postura autoritária. No dia 11 de novembro de 1823, o Prédio da Câmara dos Deputados foi cercado por tropas do Exército. Diante disso, na tentativa de resistir à pressão do Imperador, a Assembleia declarou estar em “sessão permanente”, permanecendo de vigília da noite do dia 11 à madrugada do dia 12. Esse episódio ficou conhecido como “Noite da Agonia”.

No dia seguinte, o Imperador editou o decreto de 12 de novembro de 1823, dissolvendo a Assembleia Constituinte e Legislativa e prometendo uma constituição duas vezes mais liberal que aquela que estava sendo discutida.

Decreto de 12 de novembro de 1823
Dissolve a Assembléa Geral Legislativa e Constituinte e convoca outra.

Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléa Geral Constituinte e Legislativa, por Decreto de 3 de Junho do anno proximo passado, afim de salvar o Brazil dos perigos, que lhe estavam imminentes; e havendo esta Assembléa perjurado ao tão solemne juramento, que prestou á Nação, de defender a integridade do Imperio, sua independencia, e a minha dynastia: Hei por bem, como Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil, dissolver a mesma Assembléa, e convocar já uma outra fórma das Instrucções, feitas para a convocação desta, que agora acaba; a qual deverá trabalhar sobre o projecto de constituição, que eu lhe hei de em breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que o que a extincta Assembléa acabou de fazer. Os meus Ministros, e Secretarios de Estado de todas as differentes repartições o tenham assim entendido, e façam executar a bem da salvação do Imperio. Paço, 12 de Novembro de 1823, 2º da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

Clemente Ferreira França.

José de Oliveira Barboza (Brasil, 1823).

Estava o plenário tenso a discutir a grave e confusa situação quando chegou ao recinto o Brigadeiro José Manuel de Moraes, exibindo aos deputados o ato do Imperador. Um deputado tentou argumentar e foi impedido, pois a ordem imperial não podia ser discutida. A Assembleia estava dissolvida porque “perjurara ao seu solene juramento de salvar o Brasil”. Não houve resistência dos deputados, e o parlamento, sem alternativas, se curvou à força das armas. Às 13h, saíram todos do prédio, sendo 14 deputados presos e recolhidos na Fortaleza de Santa Cruz, entre os quais os irmãos Andrada. Posteriormente, os deputados foram colocados em liberdade, exceto: José Bonifácio, Martim Francisco, Antônio Carlos, Montezuma, Padre Belchior, José Joaquim da Rocha e Vasconcelos Drumond, que seguiram deportados para a França.

No dia 13 seguinte, o Imperador se viu na contingência de editar mais dois decretos. O primeiro justificando a dissolução da Assembleia Constituinte e retificando redação do decreto anterior. O segundo criando um Conselho de Estado composto por 10 membros notáveis (todos juristas) e a obrigatoriedade de submeter o novo projeto da Constituição à apreciação das Câmaras Municipais de cidades e vilas do Império.

7 O NOVO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Após a dissolução da Assembleia Constituinte, Dom Pedro I avocou a responsabilidade de elaborar um novo projeto de constituição, prometendo um documento mais liberal e que garantisse maior equilíbrio entre as autoridades e os direitos dos cidadãos. Para isso, o Imperador compôs e instalou o Conselho de Estado, que, na verdade, prestaria assessoria técnica e política na redação de novo projeto constitucional. O Conselho era formado por juristas e políticos de sua confiança, importantes figuras como: João Severiano Maciel da Costa, Luiz José de Carvalho e Melo, Clemente Ferreira França, Mariano José Pereira da Fonseca, Francisco Villela Barbosa, Barão de

Santo Amaro, Antônio Luiz Pereira da Cunha, Manuel Jacinto Nogueira da Gama e José Joaquim Carneiro de Campos.

A tarefa do Conselho era reavaliar o projeto de 1823 e adaptá-lo às necessidades do novo regime, inspirando-se em um anteprojeto elaborado pelo próprio Imperador, que se baseava nas constituições de países como a França (Carta de 1814), Portugal (Constituição de 1822) e Noruega (Constituição de 1814). O objetivo era criar um texto claro e objetivo que combinasse os princípios liberais com a estabilidade do governo monárquico, garantindo a autoridade do Imperador, mas também instituindo dispositivos que delimitassem seu poder, como o Moderador, e estabelecessem um sistema representativo para as províncias. Coube ao Conselheiro José Joaquim Carneiro Campos a relatoria do projeto, sendo este incumbido de aproveitar e readaptar tudo aquilo que a seu juízo e dos demais conselheiros julgassem conveniente para o bem e prosperidade do Império.

Os Conselheiros de Estado, aos quais foi atribuída a grande responsabilidade de redigir uma constituição para o Império, a primeira do país, trabalharam com empenho e dedicação por oito dias consecutivos, debatendo o novo projeto que acabou por incorporar diversos artigos do Projeto da “Constituição da Mandioca”, originalmente elaborado pelo relator Deputado Antônio Carlos de Andrada e Silva.

Por fim, o projeto foi apresentado ao Imperador e aprovado em sua totalidade. O texto foi então impresso pela Tipografia Nacional com o título: Projecto de Constituição para o Império do Brasil, organizado no Conselho de Estado sobre as bases apresentadas por Sua Majestade Imperial, o Senhor D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil.

O novo projeto, que manteve vários pontos do texto anterior, foi submetido à apreciação das Câmaras Municipais a partir de 11 de dezembro. Após três meses de discussão, o texto recebeu o apoio da grande maioria.

8 A OUTORGA DA CONSTITUIÇÃO DE 1824 E O ATO SOLENE DE JURAMENTO

Na manhã de sexta-feira, 25 de março de 1824, na Catedral da Sé, no Rio de Janeiro, foi solenemente outorgada a Carta Constitucional Política do Império do Brasil. A cerimônia começou com uma missa pontifical, após a qual todo o texto da Constituição foi lido em voz alta e, em seguida, jurado formalmente tanto pelo Imperador Dom Pedro I quanto pela Imperatriz Dona Maria Leopoldina e pelas demais autoridades presentes.

O ritual de juramento foi realizado com grande pompa e circunstância. No interior da Casa de Deus, todos se ajoelharam em sinal de humildade e submissão diante da nova Carta Magna do Império do Brasil. O juramento de Sua Majestade, o Imperador, à Constituição do Império foi proclamado nos seguintes termos:

Juro manter a religião católica, apostólica, romana; a integridade e indivisibilidade do império; observar e fazer observar, como Constituição Política da Nação Brasileira, o presente projeto de Constituição, que ofereci e a mesma nação aceitou e pediu que fosse desde logo jurado, como Constituição do Império. Juro guardar e fazer guardar todas as leis do império, e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber. Rio de Janeiro, vinte e cinco de março de mil oitocentos e vinte e quatro. Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil (Brasil, 1824).

Esse ato de compromisso legal tinha um enorme valor simbólico para a jovem nação brasileira. À noite, em comemoração ao evento, Dom Pedro I compareceu com a família imperial ao Real Theatro de São João, onde foi encenada A vida de Santo Hermenegildo. Em sinal de júbilo e entusiasmo, bradou cinco vezes: "Viva a Constituição!". Essa manifestação pública de regozijo do Imperador reforçou a importância do texto constitucional e simbolizou o início de um novo período na história política do Brasil.

9 INSURGÊNCIAS PROVINCIAIS

É de se frisar, contudo, que a outorga da Constituição de 1824 encontrou forte oposição em algumas províncias do Império, com destaque para a Província de Pernambuco, que já havia se manifestado contra a dissolução da Assembleia Constituinte em novembro do ano anterior. A insatisfação e os protestos enérgicos do povo pernambucano rapidamente se espalharam para as províncias vizinhas do Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte, culminando em um movimento político armado de caráter separatista em julho de 1824, conhecido como “Confederação do Equador”. Esse nome foi dado pelos próprios nordestinos à república que buscavam instaurar, em oposição ao governo autoritário do Imperador.

Diante dessa ameaça, o Imperador agiu com rapidez e firmeza, buscando inicialmente uma solução negociada. Contudo, ao perceber que as tentativas de diálogo se mostravam infrutíferas, optou por empregar a força sob o pretexto de preservar a unidade nacional. Recife sofreu um bloqueio naval, e tropas regulares foram enviadas para reprimir o movimento. Em apenas cinco meses, a revolta foi sufocada. Os participantes e líderes foram capturados e levados a julgamento, resultando na condenação à morte de 16 deles.

Esse triste episódio gerou um clima de profunda insatisfação, marcando o início do desgaste da popularidade de Dom Pedro I e evidenciando sua crescente incompatibilidade com as correntes liberais. Concorreu, assim, para a derrocada de seu governo, que culminaria na abdicação em abril de 1831.

10 CARACTERÍSTICAS POLÍTICO-JURÍDICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Política do Império do Brasil estabelecia os seguintes princípios:

1. O Império é a associação política de todos os cidadãos.
2. Regime monárquico hereditário, constitucional e representativo.
3. O Imperador é considerado inviolável e sagrado, não podendo ser responsabilizado por seus atos.
4. Estado unitário, com as províncias governadas pelos Conselhos Gerais Provinciais e por presidentes nomeados pelo Imperador.
5. Existência de quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador.
 - a) Poder Executivo: exercido pelo Imperador e pelos ministros por ele nomeados.
 - b) Poder Legislativo: representado pela Assembleia Geral, composta pela Câmara de Deputados (eleita por um mandato de quatro anos) e pelo Senado (nomeado de forma vitalícia).
 - c) Poder Judicial: constituído pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelos Tribunais da Relação nas Províncias e pelos Juizes de Direito e Jurados nas comarcas, sendo todos os magistrados escolhidos pelo Imperador.
 - d) Poder Moderador: pessoal e exclusivo do próprio Imperador, assessorado pelo Conselho de Estado, também nomeado vitaliciamente.
6. A religião católica era estabelecida como oficial do Império, e apenas os católicos poderiam ser eleitos para cargos oficiais. A Igreja, no entanto, encontrava-se subordinada ao Estado.
7. O sistema eleitoral era indireto, dividido em dois graus e baseado em critérios censitários. Para votar nas assembleias paroquiais, o eleitor precisava comprovar uma renda mínima anual de 100\$000 (cem mil) réis, qualificando-o para escolher os eleitores de província, cuja renda deveria ser de 200\$000 (duzentos mil) réis. Para ser indicado à Assembleia Geral, o deputado precisava comprovar uma renda de 400\$000 (quatrocentos mil) réis, enquanto o cargo de senador (vitalício) exigia uma renda de 800\$000 (oitocentos mil) réis.
8. Todos os eleitores deveriam ser homens, maiores de 25 anos, excluindo-se escravos, "criados de servir" e "filhos de família".

O voto do analfabeto, porém, não era vetado.

9. Estabelecia a instrução primária gratuita a todos os cidadãos.

10. Garantia o direito à propriedade.

11. Assegurava plena liberdade de imprensa e opinião.

Embora nascida da vontade de uma só pessoa e imposta de cima para baixo, sem participação popular, a Constituição do Império, no contexto do primeiro quartel do século XIX, era uma das mais avançadas em termos de direitos civis. O historiador Neill Macaulay destaca que, "embora tivesse imperfeições, era a melhor entre as constituições de todos os países do hemisfério ocidental, com exceção dos Estados Unidos" (Macaulay apud Gomes, 2010, p. 219).

Em termos jurídicos, a Constituição de 1824 é classificada como:

1. Origem: outorgada.
2. Forma: escrita codificada.
3. Conteúdo: formal.
4. Finalidade: garantista.
5. Modo de elaboração: dogmática.
6. Extensão: analítica.
7. Alterabilidade: semirrígida.

A Constituição de 1824, que levava o nome juris de Constituição Política do Império do Brasil, estava sistematizada em 179 artigos, dividida em 8 títulos, assim topografados:

Título 1º – Do Império do Brasil, seu Território, Governo, Dinastia e Religião (arts. 1 a 5); Título 2º – Dos Cidadãos Brasileiros (arts. 6 a 8); Título 3º – Dos Poderes, e Representação Nacional (arts. 9 a 12); Título 4º – Do Poder Legislativo; Capítulo I – Do: Ramos do Poder Legislativo, e suas atribuições. (arts.13 a 34); Capítulo II – Da Câmara dos Deputados. (arts. 35 a 39); Capítulo III – Do Senado. (arts. 40 a 51); Capítulo IV – Da Proposição, Discussão, Sanção, e Promulgação das Leis. (arts. 52 a 70); Capítulo V – Dos Conselhos Gerais de Província, e suas Atribuições. (arts. 71 a 89); Capítulo VI – Das Eleições. (arts. 90 a 97); Título 5º – Do Imperador. Capítulo I –

Do Poder Moderador. (arts. 98 a 101); Capítulo II – Do Poder Executivo. (arts. 102 a 104); Capítulo III – Da Família Imperial, e sua Dotação. (arts. 105 a 115); Capítulo IV – Da Sucessão do Império. (arts. 116 a 120); Capítulo V – Da Regência na menoridade, ou impedimento do Imperador. (arts. 121 a 130); Capítulo VI – Do Ministério. (arts. 131 a 136); Capítulo VII – Do Conselho de Estado. (arts. 137 a 144); Capítulo VIII – Da Força Militar. (arts. 145 a 150); Título 6º – Do Poder Judicial. Capítulo único: Dos Juizes, e Tribunais de Justiça. (arts. 151 a 164); Título 7º – Da Administração e Economia das Províncias. Capítulo I – Da Administração. (arts. 165 a 166); Capítulo II – Das Câmaras. (arts. 167 a 169); Capítulo III – Da Fazenda Nacional. (arts. 170 a 172); Título 8º – Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. (arts. 173 a 179) (Brasil, 1824).

Durante sua longa vigência, a Constituição de 1824 sofreu apenas três emendas significativas:

1. Ato Adicional de 1834: Essa foi a primeira emenda à Constituição, que promoveu importantes alterações, principalmente no que se refere à autonomia das províncias. O Ato criou as Assembleias Legislativas Provinciais, descentralizando parcialmente o poder e conferindo certa autonomia administrativa às províncias.

2. Lei Interpretativa do Ato Adicional de 1840: Promulgada em 12 de maio de 1840, essa lei modificou o Ato Adicional de 1834, restringindo a autonomia provincial e fortalecendo o poder central. Essa medida teve como objetivo reverter a descentralização anterior e fortalecer o Executivo, regulando as nomeações para cargos públicos e a magistratura. Foi uma das causas que levou à Revolução Liberal de 1842, movimento político armado ocorrido nas províncias de São Paulo e Minas Gerais, liderado pelo Partido Liberal, que se rebelou contra o governo composto por membros do partido conservador.

3. Reforma Eleitoral de 1846: Essa terceira emenda ajustou o sistema eleitoral vigente, mas não modificou profundamente a estrutura de poder. A reforma buscou adaptar as regras eleitorais às mudanças políticas e sociais do período.

Ainda durante a vigência da Constituição de 1824, a novidade do chamado Poder Moderador, inspirado nas ideias do pensador franco-suíço Henri Benjamin Constant de Rebeque e atribuído exclusivamente ao Imperador, foi invocada pelos dois monarcas que governaram o Brasil (Dom Pedro I e Dom Pedro II) um total de 12 vezes para dissolver a Câmara dos Deputados. Esse poder constitucional conferia ao Imperador uma posição de árbitro supremo do sistema político, garantindo-lhe a capacidade de intervir diretamente no funcionamento dos demais poderes e assegurando a estabilidade institucional.

11 O LEGADO DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824 foi a primeira e única do período imperial (1822-1889). Na história do constitucionalismo brasileiro, ela é a constituição mais longa, com 65 anos de vigência. Ao ser revogada pelo Governo Republicano em 1889 e substituída pela Constituição de 1891, ela já era a segunda constituição escrita mais antiga do mundo ainda em vigor, superada apenas pela Constituição dos Estados Unidos da América.

O documento original da primeira constituição brasileira, intitulado Constituição Política do Império do Brasil, foi ricamente manuscrito e encadernado em veludo verde, com o brasão do Império em douração de ouro. A caligrafia esmerada foi obra de Luiz Joaquim dos Santos Marrocos, oficial-maior da Secretaria de Estado dos Negócios do Império.

Como fonte documental primária e fundamental da história constitucional, política e administrativa do Brasil, o original da primeira Constituição encontra-se sob a proteção e guarda do Arquivo Nacional, no Rio de Janeiro. Esse órgão, que

inicialmente estava subordinado à Presidência da República e hoje integra o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, tem a alta e honrosa responsabilidade de gerir, preservar e difundir documentos públicos formadores da identidade e memória nacional.

Curiosamente, a proteção da Constituição já era prevista no próprio texto constitucional: o art. 70 estabelecia que o original deveria ser recolhido ao Arquivo Público do Império, criado formalmente apenas em 1838. Desde então, o documento faz parte do acervo do Arquivo Nacional, denominação oficial adotada posteriormente, no período republicano.

12 CONCLUSÃO: O DIA 25 DE MARÇO COMO MEMÓRIA PERENE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Não podemos olvidar que, para fortalecer a memória coletiva e a identidade nacional, é essencial que datas significativas da história sejam lembradas e celebradas, reforçando a importância de eventos que moldaram o Brasil. Nesse contexto, o "Dia da Constituição", comemorado anualmente em 25 de março, marca a vigência da primeira Constituição brasileira, em 1824, um marco na consolidação do Estado brasileiro e na definição dos direitos e deveres dos cidadãos e do Imperador (Estado). Essa data, além de estar presente no calendário oficial, deve permanecer viva na memória do país por meio de homenagens, dando nome a diversas praças, ruas e instituições em várias cidades brasileiras. Celebrar o Dia da Constituição, portanto, não apenas rememora um importante capítulo de nossa trajetória política, mas também reafirma o compromisso com a preservação dos valores democráticos e do Estado de Direito, elementos que, desde a outorga da primeira Constituição, continuam a nortear o constitucionalismo no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 1989.

BOTELHO, Angela Vianna; REIS, Liana Maria. *Dicionário histórico Brasil: Colônia e Império*. Belo Horizonte: O autor, 2001.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Decreto de 12 de novembro de 1823. Dissolve a Assembléa Geral Legislativa e Constituinte e convoca outra. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1823*, v. 1, p. 85. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/antioresa1824/decreto-38881-12-novembro-1823-568079-publicacaooriginal-91472-pe.html>. Acesso em: nov. 2024.

CALMON, Pedro. *História do Brasil*: volume V. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1971.

GOMES, Laurentino. *1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo pra dar errado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

POMBO, Rocha. *História do Brasil*: volume III. 13. ed. São Paulo: Editora Egéria S/A, 1952.

REZZUTTI, Paulo. *D. Pedro, a história não contada: o homem revelado por cartas e documentos inéditos*. São Paulo: Editora LeYa, 2015.

200
anos



A EDUCAÇÃO “AINDA” É UM DIREITO SOCIAL

EDUCATION IS “STILL” A SOCIAL RIGHT

Mardeli Maria da Mata¹

RESUMO

Este artigo pretende analisar se o direito à educação tem se fragilizado diante do mercado neoliberal e a influência na percepção das pessoas da educação como um direito constitucional. O objetivo geral é analisar a educação e o tratamento das crianças e adolescentes dentro desse mercado educacional neoliberal a partir das diretrizes constitucionais. Os objetivos específicos são descrever, historicamente, a partir da Constituição Federal de 1824, como a educação foi construída como um direito social constitucional; analisar a educação dentro do mercado neoliberal; identificar o sujeito neoliberal e como consideram as crianças e adolescentes dentro desse mercado. A hipótese que se tem é que a educação está cada vez mais inserida no mercado neoliberal e isso tem como consequência o esvaziamento da educação como um direito constitucional, tanto na percepção da população quanto no tratamento das crianças e adolescentes, consideradas como clientes de um serviço e não como detentoras de um direito. A base da pesquisa é o método histórico, com a abordagem qualitativa na pesquisa documental histórica nas Constituições Brasileiras a partir de 1824 e pesquisa bibliográfica em vários autores, dentre eles, Horta (1998), Hofling (2001), Azevedo (2004) e Laval (2019). Esta análise é importante para ressaltar e defender a educação como um direito constitucional, que tem como titulares as crianças e os adolescentes e, assim, trazê-

¹ Advogada, doutoranda em Educação no Programa de Pós-Graduação em Educação (PPGED) da Universidade Federal de Uberlândia, professora universitária e coordenadora do curso de bacharelado em Direito no Centro Universitário Mário Palmério (Unifucamp), em Monte Carmelo/MG. E-mail: mardeli@gomesdamata.com.br.

los ao centro da qualidade do ensino, para que sejam formados como cidadãos, aptos a contribuir com a sociedade.

Palavras-chave: educação; constituição; neoliberalismo.

ABSTRACT

This article aims to analyze whether the right to education has been weakened by the neoliberal market and its influence on people's perception of education as a constitutional right. The general objective is to analyze education and the treatment of children and adolescents within this neoliberal educational market based on constitutional guidelines. The specific objectives are to describe, historically, based on the Federal Constitution of 1824, how education was constructed as a constitutional social right: to analyze education within the neoliberal market; identify the neoliberal subject and how they consider children and adolescents within this market. The hypothesis is that education is increasingly inserted into the neoliberal market and this has as a consequence the emptying of education as a constitutional right, both in the perception of the population and in the treatment of children and adolescents, considered as clients of a service and not as holders of a right. The basis of the research is the historical method, with a qualitative approach in historical documentary research in the Brazilian Constitutions from 1824 onwards and bibliographic research in several authors, among them, Horta (1988), Hofling (2001), Azevedo (2004) and Laval (2019). This analysis is important to highlight and defend education as a constitutional right, which has children and adolescents as holders and, thus, bring them to the center of the quality of education, so that they are formed as citizens, able to contribute to society.

Keywords: education; constitution; neoliberalism.

1 INTRODUÇÃO

Rotineiramente, veiculam-se, nos jornais e na internet, notícias sobre escolas particulares e empresas educacionais oferecendo aulas e sistemas de ensino. A princípio, pode-se pensar que isso é uma atividade natural e uma decorrência da abertura do ensino à iniciativa privada, tal como está disposto no art. 209 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) (Brasil, [2024]).

Como exemplo, uma reportagem veiculada no jornal Valor Econômico, em 24.05.2023, pelas jornalistas Fernanda Guimarães, Beth Koike e Mônica Scaramuzzo (2023), informa que a Inspira Rede de Educadores pretende fazer uma expansão com um investidor estratégico ou financeiro, ampliando a área de atuação, que mantém, inclusive, com grupos internacionais de educação. Essa empresa é controlada pelo fundo de private equity do BTG Pactual e é uma das quatro maiores companhias de escolas de educação básica do país (voltadas para as classes A e B). Nessa mesma reportagem, também é dito que o grupo Inspira tem papel relevante na consolidação do mercado de ensino básico no Brasil e cita que o primeiro lugar no ranking das maiores companhias de educação é o Grupo Salta Educação, em segundo, o grupo Seb e, em terceiro, o Grupo Marista.

De acordo com os dados divulgados pelo Instituto Nacional de Pesquisa em Educação (INEP), no “Censo Escolar da Educação Básica no ano de 2023”, a matrícula na rede privada de ensino teve um aumento de 3,6% e, na rede pública, o aumento foi de 5,3%, sendo que 66,8% das crianças estão matriculadas na rede pública e 33,2% na rede privada, e, destas, 50,4% estão em instituições conveniadas com o poder público (Rosas, 2024).

Ao lado do crescimento das empresas educacionais, os resultados do IBGE apontam que, no Brasil, no ano de 2022, 5,6% das pessoas com mais de 15 anos (9,6 milhões de pessoas) são analfabetas e cerca de 18% dos jovens de 14 a 29 anos

de idade (52 milhões de pessoas) não completaram o ensino médio, em razão do abandono ou porque nunca frequentaram a escola (Instituto [...], 2023).

Diante dessas informações, é preciso repensar a educação como um direito constitucional, pois, por mais que o ensino seja aberto à iniciativa privada, não podem transformar a escola em uma atividade empresarial, colocando as crianças e os adolescentes como meros clientes educacionais. Assim, este artigo tem como problema de pesquisa: o direito à educação tem se fragilizado diante do mercado neoliberal? A percepção das pessoas da educação como um direito constitucional tem diminuído? O objetivo geral é analisar a educação e o tratamento das crianças e adolescentes dentro desse mercado educacional neoliberal. Os objetivos específicos são descrever, historicamente, a partir da Constituição Federal de 1824, como a educação foi construída como um direito social constitucional; analisar a educação dentro do mercado neoliberal; identificar o sujeito neoliberal e como consideram as crianças e adolescentes dentro desse mercado.

A hipótese que se tem é que a educação está cada vez mais inserida no mercado neoliberal e isso tem como consequência o esvaziamento da educação como um direito, tanto na percepção da população quanto no tratamento das crianças e adolescentes, considerados como clientes de um serviço e não como detentores de um direito constitucional, que é fruto de longa construção histórica constitucional, como meio de garantia de formação cidadã e melhoria da sociedade.

Esta análise é importante para ressaltar e defender a educação como um direito constitucional, que tem como titulares as crianças e os adolescentes e, assim, trazê-las ao centro da qualidade do ensino. A base da pesquisa é o método histórico, com a abordagem qualitativa, buscando conhecer a historicidade e fundamentos da educação como um direito. Minayo (2009) afirma que a realidade social faz parte do próprio dinamismo da vida individual e coletiva, mas é preciso uma

visão ampla do objeto a ser estudado e suas inter-relações quanto aos aspectos sociais e principalmente políticos.

Minayo (2009) também pontua que toda investigação se inicia com um problema articulado a conhecimentos anteriores, construído por outros estudiosos, que trazem o que se denomina de teoria. Assim, será realizada a pesquisa bibliográfica em Horta (1998), Hofling (2001), Azevedo (2004) e Laval (2019).

Triviños (1987) ainda pondera que o homem, em seu ciclo evolutivo, enfrentou primeiro a realidade objetiva pela prática do dia a dia e, só mais tarde, nasceu a teoria, os conceitos e as leis. Por essa razão, será realizada a pesquisa documental das Constituições desde 1824 até a de 1988, buscando entender a evolução e a constituição da educação como um direito social. Isso porque os documentos, nos termos de Evangelista (2012), são história e, como tal, não é possível qualquer investigação que não considere os projetos históricos que expressam ante as relações sociais concretas vivenciadas em dado momento. Isso vai ao encontro do que ressaltam Laville e Dionne (1999): que “o documento pode ser algo mais do que um pergaminho poeirento: o termo designa toda fonte de informações já existente” (Laville; Dionne, 1999, p. 166). A análise desses documentos será realizada buscando extrair todos os elementos possíveis como o contexto histórico, para que, de forma crítica, identifiquem-se os interesses e a confiabilidade apta a contribuir para a pesquisa na identificação histórica da educação ao longo das constituições.

2 A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS - 1824 A 1988

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 traz que a educação é um direito social (art. 6º, caput). O art. 205 estabelece que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família em colaboração com a sociedade, enquanto tem como objetivos: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) o preparo da pessoa para o exercício da cidadania; e c) a qualificação da pessoa para o trabalho (Brasil, 1988).

Isso é resultado de uma longa construção, desde a primeira Constituição Imperial de 1824. Esta determinava, no art. 179, XXXII, que a instrução primária é gratuita a todos, como meio de garantir a inviolabilidade dos direitos civis e políticos aos cidadãos brasileiros (Brasil, 1824). Entretanto, Cury (2008) ressalta que, na verdade, pela análise do art. 6º, verifica-se que somente tinha acesso a ela quem era nascido no Brasil, ingênuos ou libertos, e esses é que eram considerados cidadãos. O autor salienta que

[...] os ingênuos são os que nasceram livres, filhos de pais livres, e naturais do país. São cidadãos *ex generatione* e *ex jus soli*. Já os libertos são aqueles alforriados que, libertando-se da escravidão, recuperaram a sua condição de homens livres (Cury, 2008, p. 1.189).

Até então, como ressaltam Limeira e Schueler (2008), a educação era identificada como um meio de pacificação social. Nesse contexto, insere-se o Decreto nº 1.331-A, de 17 de fevereiro de 1854, que ficou conhecido como a Reforma Couto Ferraz e estabeleceu a obrigatoriedade e gratuidade do ensino elementar nas escolas que eram criadas pelo Ministério do Império (Limeira; Schueler, 2008). No entanto, o acesso às escolas era da população livre e vacinada, não portadora de moléstias contagiosas, sendo proibido aos cativos. Assim, percebe-se que o povo não representava, de fato, qualquer pessoa.

No Brasil, a primeira normatização do ensino na escola deu-se com a publicação da Lei de 15 de outubro de 1827, em que D. Pedro I determinou que todas as cidades e lugares mais populosos teriam escolas de primeiras letras:

Art. 6º Os professores ensinarão a ler, escrever, as quatro operações de aritmética, prática de quebrados, decimais e proporções, as noções mais gerais de geometria prática, a gramática de língua nacional, e os princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana, proporcionados à compreensão dos me-

... e os pais, preferindo para as leituras a Constituição do Império e a História do Brasil (Brasil, 1827).

Horta (1998) mostra que, em 1834, pelo Ato Adicional, as províncias passam a ter competência para legislar sobre a instrução pública e os estabelecimentos próprios para promovê-la. A Província de Minas Gerais, por meio da Lei nº 13, de 28 de março de 1835, reafirmava a gratuidade escolar, acrescentando a sua obrigatoriedade de frequência à escola primária, inclusive com a imposição de penalidade e multas aos pais ou responsáveis que não matriculassem os filhos, ficando a cargo do juiz de paz a listagem com os nomes dos meninos da localidade com idade de 8 a 14 anos. No Município Neutro (Rio de Janeiro), o Regulamento de 17 de fevereiro de 1854 estabelecia a instrução obrigatória a partir dos 7 anos.

O autor ainda reforça que o ensino obrigatório estava inscrito na reorganização escolar, porém, não era efetivado diante das dificuldades de ordem moral e material (Horta, 1998). O Conselheiro João Alfredo foi grande defensor do ensino obrigatório com o argumento de que esse era o melhor meio de estender a todos o benefício da instrução, tendo o Estado o direito de obrigar os pais ou responsáveis de levar os filhos para aprender a ler e escrever, ante a proteção devida pelo poder público àquele que tem a necessidade de intervenção da sociedade para usufruir das garantias que lhe são garantidas por lei.

Posteriormente, em maio de 1874, João Alfredo, então ministro, volta a defender o ensino obrigatório dos 7 aos 14 anos e de 14 a 18 anos para os que não adquiriram a instrução e que moram próximo a um curso diurno ou noturno para adultos, segundo Horta (1998), acrescentando que Rui Barbosa (1947) vinculou a obrigatoriedade à gratuidade do ensino, defendida em seu Parecer de 1883.

Casagrande e Deitos (2004) apontam que, com a Reforma Leôncio de Carvalho, em 1879, houve a instituição do ensino obrigatório dos 7 aos 14 anos, a criação das escolas privadas e que a primeira Constituição do período Republicano, a

Constituição de 1891, trazia a descentralização do ensino entre a União e o Estado. A União ficou responsável pela educação superior e secundária e os Estados pela educação elementar e profissional. Entretanto, não houve nenhuma menção quanto à gratuidade e obrigatoriedade escolar nessa Constituição, conforme estudos de Horta (1998).

Já o governo de Getúlio Vargas, que assumiu o poder em 1930, editou leis esparsas em relação à educação para os diferentes graus e modalidades de ensino. Não normatizou a educação em seu conjunto, mas teve como pressuposto que, para o país se desenvolver, deveria se industrializar, mediante um modelo de educação baseado na economia de mercado e no modelo de exploração colonial (Horta, 1998).

Posteriormente, em 1932, 26 educadores elaboraram um documento com o título “A reconstrução educacional no Brasil: ao povo e ao governo”, que ficou conhecido como o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, que, segundo Saviani (2004), trouxe noção de sistema da educação construído por meio do ensino público, gratuito, laico e obrigatório, estruturado a partir de um plano, inserindo a educação dentro de uma racionalidade científica, de forma que se tivesse o uso adequado dos recursos educacionais para realizar o valor social da educação, como uma política que atendesse às necessidades da população.

Saviani considera que,

pela leitura global do “Manifesto”, pode-se perceber que a ideia de plano de educação se aproxima, aí, da ideia de sistema educacional, isto é, a organização lógica, coerente e eficaz do conjunto das atividades educativas levadas a efeito numa sociedade determinada ou, mais especificamente, num determinado país (Saviani, 2004, p. 73).

Esse entendimento mais racional da educação, com a sua implementação por meio de um sistema, influenciou a Constituição Brasileira de 1934, que, segundo Horta (1998), foi a primeira a reconhecer a educação como um direito de todos e o princípio da obrigatoriedade escolar. Essa Constituição es-

tabeleceu a competência da União para “traçar as diretrizes da educação nacional” e, já nos arts. 150 e 152, determinava que esse mesmo ente federativo deveria instituir o Plano Nacional de Educação, elaborado pelo Conselho Nacional da Educação, trazendo como norma base a obrigação de frequência ao ensino primário integral e gratuito:

Art. 150. Compete à União:

- a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País;
- b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização;

[...]

Parágrafo único. O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras a e e, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;

[...]

Art 152. Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Educação, organizado na forma da lei, elaborar o Plano Nacional de Educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo e sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais (Brasil, 1934).

Saviani (2004) relata que o Conselho Nacional da Educação havia sido criado pelo Decreto nº 19.850, de 11 de abril de 1931, que passou, com a Constituição de 1934, a ter a responsabilidade com a elaboração do Plano Nacional da Educação e com a reestruturação do Conselho em 1937. Nesse mesmo ano, foi apresentado o Plano Nacional da Educação que se autodenominava “Código da Educação Nacional”. Esse código contava com 504 artigos nos termos e fundamentos da Constituição de 1934, mas seu conteúdo se afastava da ideia trazida pelos pioneiros. Para Getúlio Vargas, “o plano convertia-

se em instrumento destinado a revestir de racionalidade o controle político-ideológico exercido através da política educacional" (Saviani, 2004, p. 74).

O autor assevera também que a Constituição outorgada pela ditadura em 1937 trazia que a educação era o primeiro dever e direito natural dos pais (Saviani, 2004). A Constituição de 1946 reconheceu a educação como um direito de todos, podendo ser oferecida em casa ou na escola, conforme análise de Cury (2019), ao que Horta (1998) complementa afirmando que essa Constituição também definiu, ainda que de forma mais restrita, a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino oficial posterior ao primário, desde que provassem a falta ou insuficiência de recursos financeiros para o seu custeio, ficando silente quanto à educação como dever do Estado.

Horta (1998) ressalta que, apesar da educação como um direito e a obrigatoriedade escolar não terem surgido de forma concomitante, historicamente estão relacionados, pois, durante muito tempo, no Brasil, o Estado encontrava na imposição da obrigatoriedade escolar o exercício do seu direito de educar.

O autor relata que, a partir de 1961, e, principalmente, após 1964, o debate educacional girava em torno da legislação e planejamento da educação (Horta, 1998). As diretrizes e bases da educação nacional (primeira LDB) foram publicadas em 1961, através da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que, conforme pontua Cury (2019), trazia a obrigatoriedade escolar, mas permitia o ensino domiciliar contendo a disposição de que os pais que não matriculassem os filhos na escola não poderiam exercer funções públicas, exceto se ministrassem a educação em casa aos filhos (art. 30). Para os educadores, à época representados pelo Conselho Federal de Educação, o atendimento do direito à educação dependia de forma relevante do cumprimento da lei. Já os tecnocratas, que debatiam sobre o planejamento, argumentavam que o direito à educação somente seria efetivado mediante um planejamento através dos planos educacionais.

Porém, a obrigatoriedade escolar, a princípio, do ensino primário, era um ponto de concordância entre esses dois lados de debate, apesar de terem razões diferentes. Os educadores defendiam que o ensino primário era primordial para que a criança se tornasse um bom cidadão, podendo exercer os direitos políticos, o poder econômico, com uma vida decente e digna. Por sua vez, para os tecnocratas, o ensino primário é relevante para o acesso ao “parque produtivo e o integrante fundamental da mão de obra qualificada” (Horta, 1998, p. 22).

Deixando de considerar o nível de ensino como critério para a obrigatoriedade escolar, a Constituição de 1967, promulgada no governo militar, definiu como parâmetro a idade das crianças e dos adolescentes, fixando que a obrigatoriedade seria dos 7 a 14 anos, segundo estudos de Horta (1998). Esse mesmo autor traz também que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe, de forma expressa, pela primeira vez, a educação como um dever do Estado: “Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola” (Brasil, 1969).

Por fim, temos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, que, conforme os estudos de Duarte (2007), veio de um processo de redemocratização, após o período de ditadura militar, atribuindo ao Estado um papel essencial na efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles a educação. Reconhece, de forma expressa, que a educação é um direito social (art. 6º) e de todos, sendo um dever do Estado e da família (art. 205).

Isso porque, como bem pontua Duarte (2007), a educação é um direito fundamental de natureza social, ou seja, a sua proteção tem uma dimensão que ultrapassa os interesses individuais.

Assim, embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que repre-

sentar a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolheu preservar (Duarte, 2007, p. 697).

Segundo a autora, a educação é um direito fundamental social, que envolve interesses supraindividuais, que faz com que a titularidade não seja somente do indivíduo em si, mas também de um grupo de pessoas indeterminadas, e/ou de difícil determinação, como "as futuras gerações, que têm direito ao acesso às tradições públicas, preservadas e transmitidas pela ação educacional" (Duarte, 2007, p. 698). Dessa forma, o Estado deve garantir que a educação seja organizada e acessível a todos, ampliando as possibilidades de que todos venham a exercer esse direito. A autora acrescenta ser uma aplicação da progressividade do direito à educação, tal como previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "O artigo 2º, alínea I do referido documento, que estabelece que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, até o máximo dos recursos disponíveis de cada Estado" (Duarte, 2007, p. 698).

Assim, a progressividade cria um empecilho ao retrocesso da política social do Estado que, tendo alcançado um certo nível de proteção dos respectivos direitos, não pode retroceder e abaixar o padrão de vida da comunidade, já que a cláusula de proibição do retrocesso social protege o núcleo essencial dos direitos sociais (Duarte, 2007, p. 700).

Segundo a autora, o Estado não pode somente deixar de agir na defesa e implementação dos direitos sociais. Essa progressividade da política social impõe uma proibição de retroagir, além de que, no referido Pacto, a obrigação do Estado é oferecer uma educação primária gratuita e compulsória.

De acordo com os estudos de Duarte (2007), esses compromissos relacionados com o direito à educação, previstos no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estão consubstanciados na Constituição

Federal de 1988, de forma mais específica no art. 205, que estabelece os objetivos da educação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (Brasil, 2024).

Duarte (2007) enfatiza que, ao se estabelecer, nesse artigo, que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e a seu preparo para o exercício da cidadania, a Constituição reproduz obrigações assumidas no art. 13, I, do referido Pacto, que reforça a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos humanos como fundamentos do direito à educação. Destaca a importância do art. 5º, § 1º, da CF/88, que diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, [2024]), pois, segundo ele, essa norma reforça o caráter imperativo aos direitos sociais, vinculando-os à atuação do Estado.

Segundo Horta (1998), o art. 208 da CF/88 recupera o conceito de educação como um direito público subjetivo, ante as garantias dispostas de forma expressa nesse artigo:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (Brasil, 2024).

Horta (1998) ressalta que a obrigatoriedade deve ser cumprida pelos pais, responsáveis e pelo Estado. O descumprimento desse dever atribui aos pais e responsáveis a prática do crime de abandono intelectual, previsto no art. 216 do Código Penal.

Duarte (2007) analisa que essa obrigatoriedade e gratuidade da educação prevista na CF/88 é um avanço em relação ao Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na medida em que permite a intervenção do Poder Judiciário para compelir o Estado a garantir o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, com a imputação de possível crime de responsabilidade à autoridade competente.

A responsabilidade dos pais está prevista também no art. 229 da CF/88, trazendo que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” (Brasil, [2024]), e no art. 227, também da CF/88, que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a educação, com absoluta prioridade.

A educação como instrução pedagógica é definida na CF/88 como um dos direitos sociais e garantias fundamentais

de todo ser humano. De forma mais específica, é regulamentada no “Título VIII – Da ordem social”, arts. 205 a 214, tendo a criança, adolescente e jovem como prioridade (art. 227) ante o seu papel fundamental na redução das desigualdades, no desenvolvimento nacional e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), bem como dever do Estado de provê-la, direta ou indiretamente, com colaboração da família e da sociedade, promovendo o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania e sua preparação para o trabalho (art. 205) (Brasil, 2024).

Horta (1998) ressalta que, apesar de previsto como um direito na Constituição Federal, é grande a dificuldade em garantir a sua proteção, sendo de suma importância o reconhecimento do direito à educação como um direito público subjetivo, como está previsto no art. 208 da CF/88, ante as garantias dispostas em seu texto. Isso reveste o titular desse direito do poder de exigir do Estado uma ação efetiva que realmente garanta a fruição desse direito, que, uma vez não cumprido espontaneamente, poderá exigir judicialmente, por meio do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Entretanto, Azevedo (2004) aponta que o Brasil ingressa no terceiro milênio com novas demandas advindas das mudanças sociais em curso, porém, ainda não se conseguiu assegurar o direito à escolarização fundamental, com políticas públicas de qualidade, para a maior parte da população brasileira. Isso é de extrema importância para a redução da desigualdade social, como afirma Ribeiro (2018), que considera a educação básica o ponto fundamental da educação, pois é “ali que se constrói a desigualdade” e também ali que está o “gargalo deste país” (Ribeiro, 2018, p. 104).

Por isso é importante analisar a educação dentro da concepção neoliberal na qual estamos inseridos, buscando entender a centralidade das crianças e adolescentes nesse contexto.

3 AS INFLUÊNCIAS NEOLIBERAIS NA EDUCAÇÃO NO DECORRER DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como visto, o direito à educação está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um direito social de todos, ante uma longa construção em âmbito constitucional, passando pela dualidade Estado-família, até se chegar ao que se tem hoje: Estado, família e sociedade, como responsáveis pela educação das crianças e adolescentes.

Pela análise de Alves (2018), o direito à educação tem uma natureza dúplice: como um direito e um dever, estando, nessa relação, as crianças e adolescentes como sujeitos ativos, bem como o Estado, a família e a sociedade como sujeitos passivos. Porém, se como sujeitos passivos estes têm o dever de educar, também o são beneficiários desse mesmo direito, ante o exercício da cidadania pelos indivíduos plenamente desenvolvidos. Reconhece, assim, que há, no sujeito passivo desse direito, uma duplicidade como dever e direito.

Araújo e Almeida (2010) enfatizam que o direito à educação se efetiva pela existência do Estado, ou seja, pelas instituições que viabilizam a escolarização e pelas políticas públicas educacionais de acesso e permanência na escola. Laval (2019) ressalta o papel fundamental do Estado na garantia do direito à educação, definindo-o como um educador da Nação. Cury (2008) considera que o Estado, ao assumir a função da instrução, é como se desse um impulso inicial ao indivíduo, para que depois este tenha condições de se autogovernar, como um ente dotado de liberdade e capaz de participar de uma sociedade como uma pessoa autônoma. Esse esquema está em perfeita consonância com um dos objetivos da educação, que é a formação integral do indivíduo, como verdadeiro cidadão.

Hofling (2001) considera que a educação se consegue efetivar por meio da implementação de políticas públicas, com ações voltadas à construção de direitos sociais, consonante a Duarte (2007), que afirma que o Brasil é um Estado social de direito e, como tal, as políticas públicas é que orientam a

atividade estatal para implementação de direitos positivados em situações concretas.

O problema é que hoje se percebe, tanto no âmbito nacional, quanto internacional, uma tentativa do Estado em reduzir o gasto público, reforçando campanhas de diversidade de financiamento do sistema educacional mais aberto ao setor privado, incentivando a “escolha das famílias” e a gestão da escola como uma empresa.

Mundialmente, desde os anos de 1980, surge a concepção mais individualista e mercadológica da escola, com os avanços e transformações geradas pelo capitalismo. Oliveira (2015) relata que, no Brasil, isso ocorreu na década de 90, por meio de emendas constitucionais que abriram a economia para o capital estrangeiro e pelo Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/1990, atualmente em vigor pela Lei nº 9.491/1997. Mais ainda, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que marcou uma transformação do aparelho estatal, Oliveira (2015) a define como a passagem da administração pública burocrática para a gerencial.

Safatle e Silva Júnior (2023) analisam que, na doutrina neoliberal, essa autonomia traz uma hipertrofia da ação individual, designada pela expressão mais significativa que é de “capital humano”.² Uma vez inseridos na economia como capital, as pessoas passam a se compreender como uma empresa submetida às exigências do mercado, na dualidade da exigência de autovalorização constante, mediada pela lógica da mercadoria.

Sendo cada um convertido em “capital”, os sujeitos passam a se compreender como empresas submetidas à insegurança típica da dinâmica dos mercados. Em uma sociedade competitiva, os indivíduos comparam e hierarquizam constantemente coisas e pessoas, sendo eles mesmos passíveis de (des)classificação a todo momento (Safatle; Silva Júnior, 2023, p. 48).

² Essa expressão é associada principalmente ao nome de Gary Becker, da Escola de Chicago.

O problema que se vê, segundo Safatle e Silva Júnior (2023), é que pesa sobre o indivíduo a lei máxima da valorização do capital e, ao internalizá-la, é o próprio indivíduo que passa a cobrar de si mesmo a sua otimização e autovalorização.

Assim, o Estado Social de Direito cada vez mais cede espaço e se insere nas teorias do neoliberalismo. Sob estas, as ordens de mercado colocam o sujeito no palco da realização de valores mercadológicos, sob a condição de que ele participe da concorrência, otimizando suas capacidades competitivas com elevada exigência de autovalorização constante, mediada pela lógica da mercadoria.

O grande problema é que, na área educacional, no centro dessa dinâmica, estão crianças e adolescentes, que são tratados como clientes na mercadoria educacional. Isso se percebe pelo crescimento constante de empresas educacionais, atraídas pela lucratividade do setor.

Essa transformação da educação como uma mercadoria foi bem exposta por Laval (2019), que enfatizou que a nova ordem educacional influenciada pelo neoliberalismo está ligada a uma valorização da empresa, em que a educação é uma atividade com custo e retorno, cujo produto se assemelha a uma mercadoria num mercado muito promissor às empresas.

Isso retrata o problema que Freitas expõe: “se você coloca um empresário para pensar a Educação, é natural que ele responda com os recursos teóricos que tem. Mas o debate sobre o assunto exige profissionais específicos” (Freitas, 2015, p. 12). É preciso resgatar o verdadeiro sentido do direito à educação, que, para Cury (2018), trata-se de um meio para que as pessoas possam participar ativamente do processo eleitoral e da vida social. Ou seja, a educação pública, aberta a todos e com qualidade, permite a participação popular ativa nas eleições. Por outro lado, a falta dela é justamente a dificuldade e o entrave que se tem entre o público e privado.

Freitas (2015) aponta que, atualmente, as políticas educacionais estão caminhando cada vez mais para um modelo empresarial, com privatizações, vouchers (que são espécies de

carta de crédito fornecida pelo governo para os pais pagarem a escola) e terceirização. Esse mesmo caminhar é percebido por Miguel e Oliveira (2021), que pontuam, historicamente, que os governos, após a Constituição de 1988, e a elite brasileira aderiram às teses do mercado, mas não abandonaram a defesa de direitos e a busca pela igualdade social, ou seja, havia um certo “equilíbrio instável, que encobria ações que muitas vezes contrariavam esse discurso, mas que revela em si mesmo a permanência de um consenso social profundo” (Miguel; Oliveira, 2021, p. 45).

Saad Filho e Moraes (2018) já analisam que a CF/1988 expressa a lógica inclusiva da democracia, mas a correlação de forças entre o momento pós-ditadura e a “lógica excludente” do neoliberalismo que se consolidava como uma força global trouxe as reformas neoliberais na década de 90 sob a justificativa de modernização e estabilidade financeira no combate à inflação, mas que, na verdade, eram apenas os interesses das elites e do capital internacional.

A partir do ano 2000, pela análise de Caetano e Mendes (2020), percebe-se a atuação das fundações de direito privado e institutos think-tanks, que são organizações que têm como propósito produzir conhecimento em diferentes áreas para exercer influência na execução das políticas governamentais e na formação da opinião pública. Apple (2003) destaca que a educação e as instituições educacionais têm ocupado um lugar central nas críticas direitistas, ao argumento de que a melhoria das escolas será com a inserção delas no mercado competitivo.

Laval (2021) expõe a mesma preocupação com o surgimento de novas formas políticas, que ele define como neoliberalismo autoritário ou autoritarismos neoliberais, dizendo que são realidades híbridas que colocam em risco a democracia. Chama a atenção o fato de que a verdadeira democracia não é aquela vinda do exercício do voto, mas aquela em que todos são chamados a participarem ativamente da coisa pública. Dentro dela, a educação tem um papel relevante na medida em que forma cidadãos com o sentimento de dignidade

pessoal e capacidade de agir em comum, baseada na soberania popular.

A descentralização, ou desconcentração, na gestão das escolas reflete na perda da democracia, na medida em que a escola passa a ser organizada de forma racional, buscando soluções na gestão privada, uma vez que o objetivo político é “transformar a escola numa máquina eficiente a serviço da competitividade econômica” (Laval, 2019, p. 254). Assim, o autor afirma que se perde cada vez mais o sentido de gestão democrática da educação e da escola. Processo também analisado por Azevedo (2004), que afirma que essa gestão gerencial, com divisão de responsabilidades e crescente relações público-privadas na educação, reflete em toda a política educacional mais ampla, em que a escola e principalmente a sala de aula são os espaços em que concretizam as definições sobre a política e o planejamento que as sociedades estabelecem para si próprias, como projeto ou modelo educacional que se tenta colocar em ação. O cotidiano escolar, portanto, representa o elo final de uma complexa cadeia que se monta para dar concretude a uma política — a uma *policy* — entendida aqui como um programa de ação (Azevedo, 2004).

Ainda, Azevedo (2004) afirma que o neoliberalismo teve grande êxito na área da cultura e ideologia, com o “convencimento a respeito da não existência de outras alternativas para a organização e as práticas sociais” (Azevedo, 2004, p. 10), a não ser a transferência e divisão das responsabilidades administrativas do Estado com o setor privado (Azevedo, 2004). Nesse sentido, se as escolas são geridas pela iniciativa privada, que tem a base gerencial do neoliberalismo, o resultado que se vislumbra é o crescente esvaziamento da responsabilidade estatal e o próprio significado da educação como um direito, passando a ser meramente um serviço cujos produtos são apenas os benefícios individuais desenvolvidos a partir dos talentos e habilidades.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o trilhar histórico da educação ao longo das constituições brasileiras a partir da Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, até ser reconhecida e regulamentada como um direito social na Constituição Federal de 1988, há de se perceber que a educação escolar pública e obrigatória é considerada o meio de garantir esse direito às crianças e aos adolescentes com um ensino de qualidade na formação de cada um como cidadão, que se reflete em benefício para toda a sociedade.

O discurso produzido pelo neoliberalismo tem como pano de fundo a maior liberdade individual com a não intervenção do Estado na vida das pessoas, além da alegação de ineficiência administrativa, mas isso não está em consonância com as diretrizes da CF/1988 e toda a historicidade que envolveu o reconhecimento da educação como um direito, que preza e determina uma educação pública, gratuita e de qualidade para todas as crianças e adolescentes.

O atual quadro educacional demonstra que, mesmo carecendo de políticas públicas educacionais de qualidade na base do ensino, temos visto crescer o número de escolas privadas com o fortalecimento do mercado educacional e das parcerias público-privadas, demonstrando ainda a falta de interesse ou prioridade dos governos brasileiros na educação e a sua não consideração como um verdadeiro direito.

Durante os últimos anos, a educação foi um dos campos mais atacados, com crescente tendência à privatização pelo Estado e outras medidas que feriram a gestão democrática nas escolas e promoveram o enfraquecimento do direito à educação com vertentes do neoliberalismo e conservadorismo, tratando cada vez mais as crianças e adolescentes como meros objetos da educação e/ou, no máximo, como consumidores dentro do mercado educacional lucrativo.

Por isso é preciso olhar e ressaltar a história educacional que já foi vivenciada e está retratada em cada artigo das

constituições brasileiras, para entender o que se vivencia atualmente e se possa buscar a defesa do direito constitucional da educação, para que as crianças e os adolescentes tenham a garantia de um futuro digno em uma sociedade livre, mais justa e igual, tal como se preconiza entre os objetivos da República Federativa do Brasil, constante na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. *In*: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). *Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo, 2018. p. 115-146.

APPLE, Michael W. *Educando à direita: mercados, padrões, Deus e desigualdade*. São Paulo: Cortez, Instituto Paulo Freire, 2003.

ARAÚJO, Denise Silva; ALMEIDA, Maria Zeneide C. M. de. Políticas educacionais: refletindo sobre seus significados. *Educativa*, Goiânia, v. 13, n. 1, p. 97-112, jan./jun. 2010.

AZEVEDO, Janete Maria Lins. *A educação como política pública*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Assem-

bleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Rio de Janeiro: Presidente da República, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, ano 136, n. 106, 5 jun. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, ano 135, n. 174, 10 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm. Acesso em: 10 dez. 2024.

CAETANO, Maria Raquel; MENDES, Valdelaine da Rosa. Think-tanks, redes e atuação do empresariado na educação. *Educar em Revista*, Curitiba, v. 36, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-4060.75939>. Acesso em: 30 out. 2021.

CASAGRANDE, Ieda Maria Kleinert; DEITOS, Roberto Antonio. As políticas educacionais para alunos com necessidades educativas especiais. In: LIMA, Antonio Bosco; VIRIATO, Edaguimar Orquizas; SCALCON, Suze (org.). *Políticas educacionais dos anos 80 e 90: fundamentos e perspectivas*. Cascavel: EDUNIOESTE, 2004. p. 113-127.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Sistema nacional de educação: desafio para uma educação igualitária e federativa. *Revista Educação & Sociedade*, Campinas, v. 29. n. 105, p. 1.187-1.209, set./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/STwFwhmwJLWTsqMpBKPVDKw/?lang=pt&format=pdfhttps://doi.org/10.1590/S0101-73302008000400012>. Acesso em: 10 dez. 2024.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Homeschooling ou educação no lar. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v. 35, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-4698219798>. Acesso em: 10 dez. 2024.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Revista Educação e Sociedade*,

Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>. Acesso em: 10 dez. 2024.

EVANGELISTA, Olinda. Apontamentos para o trabalho com documentos de política educacional. In: ARAUJO, Ronaldo M. L.; RODRIGUES, Doriedson S. (org.). *A pesquisa em trabalho, educação e políticas educacionais*. Campinas: Alínea, 2012. v. 1, p. 52-71.

FREITAS, Luiz Carlos de. A lógica empresarial no ensino desmoraliza o professor. [S. l.]: Nova Escola, 2015. Entrevista concedida a Elisa Meirelles. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/8417/a-logica-empresarial-no-ensino-desmoraliza-o-professor>. Acesso em: 10 dez. 2024.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, Campinas, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-32622001000300003>. Acesso em: 10 dez. 2024.

HORTA, José Silverio Baia. Direito à educação e obrigatoriedade escolar. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 104, p. 5-34, jul. 1998. Disponível em: <https://publicacoes.fcc.org.br/cp/article/view/713>. Acesso em: 10 dez. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Conheça o Brasil*. População. Educação. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 7 set. 2024.

LAVAL, Christian. *A escola não é uma empresa: o neoliberalismo em ataque ao ensino público*. São Paulo: Boitempo, 2019.

LAVAL, Christian. A escola democrática e seus inimigos. In: LIMA, Idalice Ribeiro Silva; OLIVEIRA, Régia Cristina (org.). *A demolição da construção democrática da educação no Brasil*. Porto Alegre: Zouk, 2021. p. 23-27.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LIMEIRA, Aline de Moraes; SCHUELER, Alessandra Frota Martinez. Ensino particular e controle estatal: a reforma Couto Ferraz (1854) e a regulação das escolas privadas na corte imperial. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 32, p. 48-64, dez. 2008. Disponível em: https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/5089/art03_32.pdf. Acesso em: 10 dez. 2024.

MIGUEL, Luís Felipe; OLIVEIRA, Michel. O escola sem partido e a emergência da direita que ousa dizer o nome. In: LIMA, Idalice Ribeiro Silva; OLIVEIRA, Régia Cristina (org.). *A demolição da construção democrática da educação no Brasil*. Porto Alegre: Zouk, 2021. p. 45-68.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método, criatividade*. Petrópolis: Vozes, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RIBEIRO, Renato Janine. Escola pública no Brasil: como enfrentar os tempos difíceis. In: KRAWXYK, Nora (org.). *Escola Pública: tempos difíceis, mas não impossíveis*. Campinas: FE/Unicamp; Uberlândia, MG: Navegando, 2018. p. 89-108.

ROSAS, Hugo. Censo Escolar 2023: como está a educação básica do Brasil? *Futura*, [s. l.], 28 fev. 2024. Disponível em:

<https://futura.frm.org.br/conteudo/educacao-basica/noticia/censo-escolar-2023-como-esta-educacao-basica-do-brasil>. Acesso em: 10 dez. 2024.

SAAD FILHO, A.; MORAIS, L. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.

SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (org.). *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2023.

SAVIANI, Dermeval. *Da nova LDB ao novo plano nacional de educação: por uma outra política educacional*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

SCARAMUZZO, Mônica; KOIKE, Beth; GUIMARÃES, Fernanda. Inspira, empresa de educação básica do BTG, busca aporte de capital. *Valor Econômico*, São Paulo, 24 maio 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/05/24/inspira-empresa-de-educacao-basica-do-btg-busca-aporte-de-capital.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2024.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

200
años



PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA): UMA ANÁLISE DE PARADIGMAS SOBRE AUTORIA E RESPONSABILIDADE LEGAL NA PRODUÇÃO DE OBRAS GERADAS POR IA

INTELLECTUAL PROPERTY AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI): AN ANALYSIS OF PARADIGMS ON AUTHORSHIP AND LEGAL RESPONSIBILITY IN THE PRODUCTION OF AI-GENERATED WORKS

Matheus de Mendonça Teixeira¹

RESUMO

Este trabalho examina a relação entre propriedade intelectual e inteligência artificial (IA) examinando os problemas éticos e legais associados às obras produzidas por algoritmos. O principal objetivo é analisar como os desenvolvimentos tecnológicos estão afetando os conceitos convencionais de autoria e responsabilidade legal. A abordagem empregada é baseada em revisões de artigos científicos, livros e análises documentais de leis e casos práticos relacionados ao assunto. O estudo analisa as definições da IA, como ela afeta os direitos fundamentais, especialmente a propriedade intelectual, e como o direito atual afeta as criações autônomas da IA. Além disso, trata de leis como o Artificial Intelligence Act da União Europeia, que protege a privacidade e os direitos autorais de tecnologias emergentes. Conclui-se que, embora o arcabouço jurídico vigente ofereça algumas respostas, novas regulamentações são necessárias para lidar com a crescente autonomia das ferramentas de IA e seus impactos na propriedade intelectual.

Palavras-chave: propriedade intelectual; inteligência artificial; direitos fundamentais; responsabilidade; regulamentação.

¹ Pós-graduado em Inovações Jurídicas e Tecnológicas pela Anhanguera, São João Nepomuceno - MG (2024). E-mail: matheusestudantedireito@hotmail.com.

ABSTRACT

This paper examines the relationship between intellectual property and artificial intelligence (AI), examining the ethical and legal issues associated with works produced by algorithms. The primary objective is to analyze how technological developments are affecting conventional concepts of authorship and legal responsibility. The approach employed is based on reviews of scientific articles, books, and documental analyses of laws and case studies related to the subject. The study analyzes the definitions of AI, how it impacts fundamental rights, particularly intellectual property, and how current law addresses AI-generated creations. Furthermore, it addresses laws such as the European Union's Artificial Intelligence Act, which protects privacy and copyright in emerging technologies. The conclusion drawn is that, while the current legal framework provides some answers, new regulations are necessary to address the increasing autonomy of AI tools and their impact on intellectual property.

Keywords: intellectual property; artificial intelligence; fundamental rights; liability; regulation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade examinar a interseção entre propriedade intelectual e inteligência artificial (IA), um campo que se apresenta como um dos mais desafiadores e complexos na atualidade, tanto do ponto de vista legal quanto do ponto de vista ético. Partindo da premissa de que a evolução tecnológica, particularmente no âmbito da IA, está redefinindo conceitos tradicionais de autoria e propriedade intelectual, esta pesquisa buscará analisar as implicações desses avanços no que se refere à autoria e à responsabilidade legal de obras criadas por algoritmos de IA. Ao longo do estudo, será dada especial atenção aos paradigmas emergentes que

estão moldando o cenário jurídico e tecnológico, e como os sistemas legais estão enfrentando os dilemas associados à atribuição de crédito e responsabilidade pelas criações geradas por IA. Dessa forma, este trabalho pretende contribuir para a compreensão e o debate de soluções jurídicas que possam equilibrar a proteção dos direitos autorais com a promoção da inovação tecnológica.

O objetivo deste artigo é analisar os paradigmas legais sobre autoria e responsabilidade na criação de obras geradas por IA. Como afirmou Steve Jobs, “a tecnologia move o mundo”, evidenciando a importância de abraçar a evolução tecnológica para alcançar o progresso. Toledo e Pessoa (2023) enfatizam as mudanças significativas na sociedade. No campo do direito, a adoção da IA é vista como algo inevitável, devido às transformações que estão ocorrendo na forma como as sociedades se organizam e produzem, especialmente com a chamada “Quarta Revolução Industrial” (Toledo; Pessoa, 2023, p. 2). Essas transformações também foram observadas por Balaji Srinivasan, ex-CEO da *Coinbase Exchange*, que argumenta sobre a “morte do estado” e o surgimento de um novo leviatã no sentido de Hobbes, representado pelas redes, uma ideia que ecoa a noção de que não há uma força que paira sobre o homem, mas uma nova força, sendo representada pela tecnologia das redes (Srinivasan, 2021).

A relevância da temática se deve à crescente integração da IA em diversas áreas da sociedade, o que levanta questões complexas sobre autoria e responsabilidade legal em obras criadas por algoritmos. Um exemplo ilustrativo pode ser encontrado no documentário *O futuro*, de Jurnee Smollett, disponível na plataforma *Netflix* (A moda, 2023). No episódio dedicado à moda, o foco é direcionado para a inovação na indústria têxtil, incluindo a concepção de roupas compostáveis e personalizadas. Com o avanço da tecnologia, é plausível imaginar um cenário em que roupas descartáveis são produzidas com o auxílio de IA. Nesse contexto, surgem questionamentos sobre quem seria o verdadeiro criador dessa linha de coleção: o

programador que desenvolveu o algoritmo, a empresa, o usuário que utilizou a IA para criar as peças, ou a própria IA?

É essencial que o direito acompanhe a realidade cultural e a evolução social para garantir sua eficácia na sociedade. Como enfatizado por Miguel Reale em sua obra *Lições preliminares de Direito*, é fundamental que o direito seja interpretado de forma dinâmica, considerando o contexto social e tecnológico em constante transformação (Reale, 2001, p. 177). Um exemplo concreto pode ser observado nas obras produzidas pela IA, como as análises das obras do pintor Rembrandt. No estudo de Divino e Magalhães (2020), no que tange ao uso de dados analisados, a IA é capaz de produzir novas obras que seguem os parâmetros estilísticos do autor, gerando questões sobre a atribuição de autoria e a propriedade intelectual dessas novas criações. É enfatizado um caso emblemático da empresa *Obvious*, que utilizou IA para criar uma coleção de quadros sem atribuir créditos ao autor original dos códigos utilizados. Esse exemplo destaca a necessidade urgente de repensar e atualizar as leis de propriedade intelectual para se adaptarem ao contexto da IA (Divino; Magalhães, 2020, p. 169-170).

Para alcançar o objetivo da pesquisa, será utilizada a metodologia de revisão bibliográfica de artigos científicos, livros e teses relacionados à temática. A análise documental abrangerá leis em sua relação. Também serão correlacionados filmes, documentários e séries. Estudar-se-ão casos práticos de disputas legais sobre direito da propriedade intelectual e ética em IA. A pesquisa visa a compreender o cenário atual e as lacunas na legislação vigente sobre propriedade intelectual relacionada à IA.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo observará as possíveis definições de IA, abordando seus conceitos, limites e implicações no contexto atual. O segundo capítulo discutirá os impactos nos direitos fundamentais, em especial, na propriedade intelectual, analisando como essa tecnologia pode afetar direitos essenciais e as possíveis adversidades que surgem com seu uso. Por fim,

o terceiro capítulo examinará a autoria e as responsabilidades legais associadas a obras geradas por IA, explorando os desafios e paradigmas legais emergentes nesse campo.

2 DA DEFINIÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A IA é um campo vasto e multifacetado, cujas definições variam de acordo com o contexto e a perspectiva adotada. Para a comissão de juristas brasileiros que discutem sobre IA (2022), a IA pode ser entendida como a capacidade de sistemas computacionais realizarem tarefas que, normalmente, requerem a inteligência humana, como aprendizado, reconhecimento de padrões e tomada de decisões. No entanto, alguns juristas compreendem que qualquer definição sobre IA pode gerar riscos, uma vez que pode limitar a compreensão e a aplicação dessa tecnologia em diversas áreas do conhecimento, tornando essencial uma abordagem flexível e inclusiva (Comissão [...], 2022, p. 78-79). Um dos vieses na definição de IA é considerá-la como um objeto, uma ferramenta e um meio de utilização. Como objeto, a IA é vista como um produto tecnológico, resultado da combinação de algoritmos, dados e poder computacional. Como ferramenta, a IA serve para potencializar capacidades humanas, automatizar processos e fornecer análises complexas em uma velocidade e escala inacessíveis aos seres humanos. Como meio de utilização, a IA se apresenta como um catalisador para a inovação em diversas áreas, desde a saúde até o direito, possibilitando novos modelos de operação e decisão.

A Comissão (2022) discute o potencial da IA, sendo crucial que seja utilizada apenas como um suporte para a tomada de decisões humanas, e não como um fator autônomo de decisão (Comissão [...], 2022, p. 168-182). A IA deve ser vista como um instrumento de apoio à tomada de decisões humanas, fornecendo insights, dados e análises que subsidiem os julgamentos feitos por pessoas. A decisão final, sobretudo em áreas sensíveis, como o direito e a ética, deve sempre permanecer nas mãos dos seres humanos. A transferência

dessa responsabilidade para as máquinas pode gerar implicações éticas e jurídicas significativas, uma vez que as decisões automatizadas podem carecer da contextualização e do julgamento moral necessários que são intrínsecos à tomada de decisão humana.

Divino e Magalhães (2020) questionam se um computador dotado de IA, por mais sofisticado e tecnológico que seja, poderia pensar ou sentir? A tecnologia, apesar de seu avanço, ainda é incapaz de replicar a mente humana, que é intrinsecamente ligada ao mundo biológico e à natureza. Enquanto o computador é capaz de simular processos e até mesmo “compreender” em certo nível, ele não possui a capacidade de sentir. Sua função principal é interpretar símbolos e padrões, sem, no entanto, alcançar a profundidade da experiência consciente ou emocional que caracteriza a mente humana. Para eles, embora a IA possa parecer inteligente em seu operacional, ela não é capaz de vivenciar ou compreender o mundo como um ser humano, o que reforça a distinção entre simulação e a verdadeira cognição (Divino; Magalhães, 2020, p. 173-178). Na visão de Felipe (2017), se uma IA for extremamente eficaz em alcançar seus objetivos, mas esses objetivos não estiverem alinhados com os valores humanos, isso pode resultar em consequências perigosas. A máquina, ao seguir uma lógica própria sem considerar o contexto ético, pode tomar decisões que divergem ou até mesmo contradizem as intenções humanas, o que reforça a necessidade de cuidadosa regulamentação e controle do uso da IA (Felipe, 2017, p.153).

O *machine learning* (ML) é um termo usado para descrever uma área da IA que capacita sistemas a aprender e melhorar com base em dados e experiências, sem necessitar de uma programação específica. Esses sistemas refinam suas previsões e análises processando grandes quantidades de informações (Mahesh, 2020, p. 381). No entanto, essa prática de coleta extensiva de dados traz à tona preocupações sérias sobre privacidade, especialmente com a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Casos como os da empresa X

e da *Meta*, nos quais as empresas utilizaram dados de seus usuários sem consentimento para treinar suas IAs, citados por Nunes (2024), sublinham a importância da LGPD em garantir transparência e autorização na coleta de informações. Como curiosidade, vários tribunais pelo Brasil, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), adotaram cartilhas e manuais sobre a gestão de dados, reforçando a importância da proteção dos direitos dos titulares e oferecendo orientações práticas para garantir o cumprimento da legislação no Judiciário. Diante desse cenário, como equilibrar os avanços tecnológicos com a proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à propriedade intelectual e à regulamentação das obras geradas por IA? Além disso, não se visualizam garantias à proteção de dados e à preservação de ideias originais de autoria, uma vez que os dados são processados pelos sistemas em treinamento, podendo exteriorizar suas informações para terceiros.

3 IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOBRE O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os avanços tecnológicos da atualidade, impulsionados pela IA, têm provocado mudanças significativas no equilíbrio constitucional, exigindo uma reinterpretação da teoria constitucional tradicional. Surge, então, o conceito de constitucionalismo digital, que molda uma nova identidade constitucional, adaptada às peculiaridades da sociedade digital (Celeste, 2019, p. 1-6). Chesterman (2024) menciona que esse fenômeno afeta diretamente os direitos constitucionais já reconhecidos, como a propriedade intelectual, especialmente nas atividades dos chamados “trabalhadores do conhecimento”, como advogados, jornalistas e criadores de conteúdo em setores da arte, como fotografia, pintura, música e moda (Chesterman, 2024, p. 2). Na perspectiva de Celeste (2019), existe um movimento gradativo que impulsiona o reconhecimento de novos direitos, como a proteção de dados

e a privacidade digital, fundamentais no uso da IA. A evolução dos direitos fundamentais segue um padrão sócio-histórico, caracterizado pelo surgimento gradual de novas gerações de direitos em resposta às mudanças sociais e tecnológicas. Nesse cenário, há uma necessidade crescente de adaptação dos valores e princípios constitucionais vigentes às especificidades do mundo digital, preservando o equilíbrio entre a inovação tecnológica e a proteção dos direitos fundamentais.

A crescente utilização da IA para a criação de conteúdo tem gerado uma crise entre o autor humano e a criação automática, levantando questionamentos a quem deve ser atribuída a autoria de obras desenvolvidas por algoritmos. Essa reflexão jurídica torna-se cada vez mais urgente diante da proliferação de ferramentas como o *ChatGPT*, que consegue gerar textos, músicas e até peças artísticas sem a intervenção direta de um ser humano. Chesterman (2024) questionou o próprio *ChatGPT* sobre a autoria das informações geradas por ele e concluiu que a atribuição da autoria deve favorecer os seres humanos, ao invés das máquinas, mesmo quando estas são responsáveis pela produção direta do conteúdo. Essa posição colabora com o que estabelece o art. 11 da Lei nº 9.610/1998, que atribui a autoria de obras literárias, artísticas e científicas a pessoas físicas, reforçando que, apesar da utilização de tecnologias avançadas, o reconhecimento de autoria deve permanecer com os criadores humanos, protegendo assim os direitos de propriedade intelectual e evitando uma despersonalização da criação.

Nesse contexto atual de mudança no ecossistema constitucional e surgimento de novos direitos (Celeste, 2019), como a proteção de dados e a privacidade, frente à rápida evolução tecnológica, surgem desafios. Para Tarcízio Silva (2020), à medida que nossos dados são constantemente inseridos nos bancos de dados de sistemas de IA, também transferimos nossos valores, crenças e comportamentos humanos de maneira quase imperceptível durante o processo de treinamento da máquina (Silva, 2020, p.124). Esse processo

de aprendizado não se limita a aspectos técnicos, mas engloba também o aspecto cultural e histórico da sociedade, permitindo que a IA absorva e reproduza padrões de comportamento e de pensamento. Em paralelo, ao estudo de Chesterman (2024) a respeito da autoria atribuída ao *ChatGPT*, surge uma questão crítica: sua conclusão pode estar enviesada por suas próprias crenças e pelo contexto atual, que favorece a predominância do ser humano sobre a máquina. Contudo, em um marco futuro, seria possível discutir o surgimento do direito das máquinas, à medida que novos direitos surgem na sociedade digital. Nesse contexto, poderia haver um questionamento sobre se, em um mundo cada vez mais dominado por algoritmos e IA, a atribuição de direitos às máquinas seria uma inevitabilidade, assim como hoje discutimos novos direitos humanos em face das transformações sociais e tecnológicas.

Diante dessa complexa intersecção entre avanços tecnológicos e transformações jurídicas, apontados por Celeste (2019) e Chesterman (2024), emerge uma questão central que adentra o próximo capítulo: como lidar com a autoria e a responsabilidade pelas criações geradas por IA? Se, por um lado, o reconhecimento de novos direitos é inevitável no contexto digital, por outro, as ferramentas de IA desafiam a concepção tradicional de autoria e propriedade intelectual, colocando em pauta a responsabilidade sobre as obras geradas. Assim, a próxima discussão buscará explorar até que ponto a responsabilidade pode ser atribuída aos criadores humanos ou aos desenvolvedores de IA, abrindo espaço para uma análise mais profunda sobre os limites éticos e jurídicos dessa relação.

4 AUTORIA E RESPONSABILIDADE

A questão da autoria e responsabilidade na era da IA desponta como um dos temas mais emblemáticos do direito contemporâneo, especialmente diante do crescente uso e novas ferramentas de IA em diversos setores, como artes visuais, música, jornalismo e advocacia, apontados anteriormente. Com

a capacidade de produzir obras de forma autônoma, sem a intervenção direta de seres humanos, a IA coloca em xeque os conceitos tradicionais de autoria, que sempre estiveram vinculados à criação humana. Essa nova realidade, apresentada anteriormente, fomenta o debate sobre a adequação do regime jurídico atual a essa inovação: será necessário um novo regime para regulamentar as criações geradas por IA, ou o sistema vigente é suficiente para lidar com tais avanços? Os juristas mencionam que o arcabouço normativo brasileiro parece dar conta da situação (Comissão [...], 2022, p. 93). O art. 11 da Lei nº 9.610/1998, por exemplo, determina que a autoria de obras literárias, artísticas e científicas deve ser atribuída a pessoas físicas, garantindo assim que, mesmo com o uso de tecnologia, a criação seja reconhecida como um produto humano.

A Comissão de Juristas (2022) tem discutido amplamente a questão da responsabilidade em relação ao uso de IA, destacando que, embora a IA não possa ser responsabilizada criminalmente, como no caso de acidentes envolvendo carros autônomos, a atribuição de responsabilidade recai sobre as pessoas envolvidas no processo. Fabricantes, programadores, proprietários e usuários têm papéis distintos, mas igualmente relevantes, na cadeia de criação e utilização da IA. Em caso de falhas ou uso indevido, a responsabilidade final deve ser atribuída a esses indivíduos, uma vez que são eles os responsáveis pela criação, programação, operação e manutenção das tecnologias (Comissão [...], 2022, p. 97-98). A máquina, por si só, é apenas uma ferramenta e não pode ser responsabilizada na esfera criminal ou cível. Esse entendimento vai ao encontro do ordenamento jurídico brasileiro, reforçando que a responsabilidade por danos causados por IA é humana, e é corroborado pela conclusão do estudo de Chesterman (2024), que consultou o ChatGPT sobre a questão da autoria e reafirmou a atribuição de responsabilidade aos seres humanos.

No cenário internacional, a União Europeia criou o *Artificial intelligence act* (União Europeia, 2024), uma legislação que busca garantir que as tecnologias de IA generativa sejam

lançadas no mercado de forma segura e em conformidade com a lei. A proposta prevê a criação de um órgão supervisor, ou conselho, que se assemelha à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no Brasil, mas com foco na regulamentação da IA. Esse conselho teria a responsabilidade de monitorar o desenvolvimento dessas tecnologias, garantindo que seus riscos e impactos sejam adequadamente avaliados, especialmente no que diz respeito aos *General Purpose AI Models* (GPAI), ou Modelos de IA de Propósito Geral. Esses modelos têm aplicações amplas e demandam regulação específica devido à sua capacidade de gerar conteúdos replicáveis em grande escala, afetando diretamente áreas como a propriedade intelectual. Um ponto crucial do *Artificial Intelligence Act* é a proibição do uso de *deepfakes* (União Europeia, 2024, p. 9-10), que são vídeos ou áudios manipulados por IA para imitar pessoas reais de forma extremamente convincente. Essas criações não apenas comprometem a integridade pessoal e a confiança pública, mas também levantam sérias preocupações sobre os direitos fundamentais, especialmente no campo da propriedade intelectual. As *deepfakes* podem violar direitos autorais e a imagem de indivíduos, permitindo a reprodução não autorizada de sua identidade ou obras, com consequências jurídicas graves. A regulação proposta pela União Europeia busca proteger esses direitos, evitando que as inovações tecnológicas se tornem ferramentas de abuso e violação de direitos fundamentais.

Portanto, a rápida evolução da IA, especialmente no campo da criação de obras intelectuais, apresenta desafios inéditos para o sistema jurídico, que precisa se adaptar para proteger direitos fundamentais sem limitar a inovação tecnológica. A necessidade de regulamentação equilibrada, como exemplificado pelo *Artificial Intelligence Act* da União Europeia, evidencia que o direito deve evoluir junto com a tecnologia, assegurando que a autoria humana continue sendo reconhecida e que os abusos, como o uso indevido de *deepfakes*, sejam prevenidos. À medida que avançamos para um futuro onde a IA desempenha um

papel cada vez mais central, a definição de responsabilidade e autoria se tornará crucial para garantir que a tecnologia seja utilizada de maneira ética e em conformidade com os direitos já estabelecidos. Portanto, o debate sobre a interseção entre IA e propriedade intelectual continuará sendo uma questão fundamental para a construção de um ordenamento jurídico justo e eficiente na era digital.

Por fim, Ronaldo Lemos (2024), cofundador do Instituto de Tecnologia e Sociedade, ressalta que o Projeto de Lei nº 2338/2023 no Brasil possui semelhanças com o Artificial intelligence act, apontando que trazer um projeto de lei semelhante à Lei europeia pode gerar resultados em obstáculos à inovação e competitividade empresarial, ao inviabilizar o crescimento das empresas com exigências rígidas e complexas, desestimulando o setor tecnológico brasileiro (Lemos, 2024). Já para Souto Correia Advogados (2024), o *Artificial Intelligence Act* é mais abrangente e servirá como roteiro para o projeto brasileiro, destacando que, apesar de ambos classificarem os riscos da IA, o *Artificial Intelligence Act* impõe obrigações mais estritas, enquanto o projeto de lei brasileiro regula todos os sistemas, inclusive os de baixo risco, o que gera críticas sobre a viabilidade prática dessa abordagem (Souto [...], 2024). Atualmente, o projeto de lei está em discussão na Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial (CTIA), sinalizando que o Brasil busca equilibrar inovação com segurança regulatória.

O regime jurídico brasileiro consegue responder às questões de autoria e responsabilidade, mas com o avanço acelerado das tecnologias, será necessário aprovar uma lei como o PL nº 2338/2023, que regule e fiscalize as empresas tecnológicas, assegurando a proteção de dados e a integridade dos direitos de propriedade intelectual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste estudo, foi possível constatar que a rápida evolução da IA trouxe desafios significativos para o campo do

direito e na defesa dos direitos fundamentais, especialmente na parte de propriedade intelectual. As discussões sobre autoria e responsabilidade legal em obras geradas por IA revelam a necessidade de adaptação do arcabouço jurídico existente para lidar com os novos paradigmas tecnológicos. Além disso, observou-se que a falta de clareza na regulamentação ou rigidez extrema podem gerar insegurança jurídica ou desestímulo nas empresas, impactando diretamente os trabalhadores do conhecimento e as indústrias criativas.

Os estudos realizados demonstraram que, tanto no Brasil quanto na União Europeia, com suas iniciativas legislativas, como o PL nº 2338/2023 e o *AI Act*, buscam regular o uso da IA de maneira mais eficaz. No entanto, enquanto o *AI Act* impõe regulamentações rígidas que podem frear a inovação, o Brasil caminha para uma abordagem mais flexível, ainda que mais abrangente. Essas estruturas de regimes podem afetar a competitividade e a capacidade de inovação das empresas, além de gerar debates sobre como alinhar a regulamentação com a promoção da inovação tecnológica e a defesa dos direitos autorais.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais, como a propriedade intelectual e o avanço tecnológico, exige uma regulamentação que, ao mesmo tempo em que proteja os direitos dos autores, não impeça o desenvolvimento de novas tecnologias. Recomenda-se, portanto, que estudos futuros se concentrem em soluções legislativas que promovam uma governança de IA mais equilibrada, buscando garantir tanto a segurança de dados quanto o incentivo à inovação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para

os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 fev. 2028. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, New York, 2019. Disponível em: https://scholar.google.com/citations?view_op=view_citation&hl=en&user=ypYw4D8AAAAJ&citation_for_view=ypYw4D8AAAAJ:4DMP91E08xMC. Acesso em: 4 set. 2024.

CHESTERMAN, Simon. *Good models borrow, great models steal: intellectual property rights and generative AI*. Oxford: Policy and Society, 2024. Disponível em: <https://academic.oup.com/policyandsociety/advance-article/doi/10.1093/pol-soc/puae006/7606572?login=false>. Acesso em: 4 set. 2024.

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEIS POR SUBSIDIAR ELABORAÇÃO DE SUBSTITUTIVO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL. *Relatório final*. Brasília, Brasil, dez. 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2504/mna/relatorios>. Acesso em: 10 ago. 2024.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Propriedade Intelectual e direito autoral de produção autônoma da inteligência artificial. *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 21, n. 1, p. 167-192, jan./abr.

2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direi-tosegarantias/article/view/1537>. Acesso em: 9 jul. 2024.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais: algumas considerações

acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da inteligência artificial. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 22, p. 150-169, abr. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/33211652/Direitos_dos_rob%C3%B4s_tomadas_de_decis%C3%B5es_e_escolhas_morais_algunas_considera%C3%A7%C3%B5es_acerca_da_necessidade_de_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_%C3%A9tica_e_jur%C3%ADdica_da_intelig%C3%A2ncia_artificial. Acesso em: 4 set. 2024.

LEMOS, Ronaldo. Europa critica lei de IA que o Brasil quer copiar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 dez. 2024. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/artigos/europa-critica-lei-de-ia-que-o-brasil-quer-copiar/>. Acesso em: 18 set. 2024.

MAHESH, Batta. Machine learning algorithms: a review. *International Journal of Science and Research (IJSR)*, Gujarat, v. 9, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Batta-Mahesh/publication/344717762_Machine_Learning_Algorithms_-_A_Review/links/5f8b2365299bf1b53e2d243a/Machine-Learning-Algorithms-A-Review.pdf?eid=5082902844932096t. Acesso em: 21 ago. 2024.

MASARO, Rita Eliana. *Metodologia da pesquisa científica*. Londrina: Educacional, 2019.

A MODA. In: O FUTURO. Direção: Jurnee Smollett. Estados Unidos: *Vox Media Studios*, 2023. 22 min, son., color. Temporada 1, episódio 9. Série exibida pela Netflix.

NUNES, Carolina. X, de Musk, usa dados de usuários para treinar IA sem autorização. *O Globo*, Rio de Janeiro, 27 jul. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/google/amp/economia/tecnologia/noticia/2024/07/27/x-de-musk-usa-dados-de-usuarios-para-treinar-ia-sem-autorizacao.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2024.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

SOUTO CORREA ADVOGADOS. Publicado o AI Act na União Europeia. 2024. Disponível em: <https://www.soutocorrea.com.br/client-alerts/publicado-o-ai-act-na-uniao-europeia/>. Acesso em: 18 set. 2024.

SILVA, Tarcízio. *Comunidades, algoritmos e ativismos digitais: olhares afrodiaspóricos*. São Paulo: Literarua, 2020. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Tarcízio+Silva+comunidades&btnG=#d=gs_qabs&t=1725358702976&u=%23p%3DlrR_zVs-ZD90J. Acesso em: 19 ago. 2024.

SRINIVASAN, Balaji. [Interview granted to Sotonye]. If Einstein had the internet: an interview with. *Neo Narrative*, [s. l.], 2 ago. 2021. Disponível em: <https://sotonye.substack.com/p/if-einstein-had-the-internet-an-interview?s=r>. Acesso em: 9 jul. 2024.

TOLEDO, Cláudia; PESSOA, Daniel. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 237, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e237/51337>. Acesso em: 9 jul. 2024.

UNIÃO Europeia. Artificial intelligence act. 2024. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI\(2021\)698792_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf). Acesso em: 5 set. 2024.

200
años



O CONTENCIOSO JUDICIAL DO IMPOSTO SOBRE BENS E SERVIÇOS (IBS) DEVE SER RETIRADO DA JUSTIÇA ESTADUAL E ENTREGUE À JUSTIÇA FEDERAL? EXISTE ALTERNATIVA MAIS CÉLERE, DEMOCRÁTICA E PREVISÍVEL!

SHOULD THE GOODS AND SERVICES TAX (IBS) LEGAL DISPUTE BE TAKEN OUT OF THE STATE COURT AND DELIVERED TO THE FEDERAL COURT? THERE IS A FASTER, DEMOCRATIC AND PREDICTABLE ALTERNATIVE!

Murilo Silvio de Abreu¹

RESUMO

A reforma tributária do consumo alterou o sistema tributário nacional de forma profunda e inédita. Apesar de trazer inúmeras vantagens, trouxe um sério problema para o contencioso administrativo e judicial dos novos IBS e CBS. Para evitar o acréscimo de mais contencioso em um sistema de litígios já caótico, o Governo Federal propôs o que se convencionou chamar “Minirreforma do Judiciário”, que acaba por retirar a maior parte da competência tributária da Justiça Estadual e concedê-la à Justiça Federal. Tal proposta deve ser aprimorada a partir dos Núcleos de Justiça 4.0, para que o contencioso judicial do novo IVA seja célere, democrático e previsível.

Palavras-chave: reforma tributária; contencioso judicial do IBS/ CBS; minirreforma do Judiciário; Núcleos de Justiça 4.0.

¹ Doutorando em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), juiz de direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tendo sido juiz auxiliar de sua 2ª Vice-Presidência (2020 a 2022), ex-procurador do Estado de Minas Gerais, ex-advogado. E-mail: murilo.abreu@tjmg.jus.br.

ABSTRACT

The consumption tax reform changed the national tax system in a profound and unprecedented way. Despite bringing numerous advantages, it brought a serious problem to the administrative and judicial litigation of the new IBS and CBS. To avoid adding more litigation to an already chaotic litigation system, the Federal Government proposed what is known as the “Small Reform of the Judiciary”, which ends up removing most of the tax jurisdiction from the State Court and granting it to the Federal Court. This proposal must be improved based on the Justice Centers 4.0, so that judicial litigation over the new VAT is quick, democratic and predictable.

Keywords: tax reform; IBS/CBS legal litigation; small reform of the Judiciary; Justice Centers 4.0.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa por um momento inédito de transformação do seu sistema tributário. Em 20 de dezembro de 2023, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 132 (EC 132) (Brasil, 2023a), que alterou profundamente a tributação do consumo. Passados mais de nove meses, vive-se a fase de sua regulamentação, com projetos de lei complementar (PLPs) em trâmite no Congresso Nacional para tal finalidade.

A principal mudança realizada foi a criação de um Imposto sobre Valor Agregado (IVA), em substituição a tributos que não cumpriam mais a função de gravar o consumo de forma eficiente e justa. Sairão então de cena os atuais PIS, COFINS, ICMS, ISS e IPI — este último apenas em parte (art. 126, inciso III, alíneas a e b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88), sendo substituídos por um IVA dual e por um Imposto Seletivo (IS). Ao invés dos atuais ICMS e ISS, teremos

um Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de competência da União Federal. O IS, que substituirá o IPI, será igualmente de competência da União, mas 60% de sua receita será destinada aos entes subnacionais (art. 159, incisos I e II, da CR/88).

A intenção originária era que o IVA fosse um único imposto, arrecadado e administrado pelo ente central (União Federal), que, após, repassaria, a cada um dos entes federados, a sua cota-parte. Ocorre que, durante a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 45/2019 (PEC 45/2019) (Brasil, 2019), os entes subnacionais não a aceitaram, por desconfiarem que a União Federal não faria aquele repasse a tempo e modo e passaram a exigir um IVA só para eles. A solução que então se encontrou para que a PEC pudesse ser promulgada foi bipartí-la, motivo pelo qual se passou a ter o IBS e a CBS. Apesar de cada qual ter existência própria, serão como que “irmãos gêmeos” ou “siameses”, porque terão os mesmos fatos geradores, bases de cálculo, hipóteses de não incidência, sujeição passiva, imunidades, regimes específicos, diferenciados e favorecidos de tributação e regras de não cumulatividade e creditamento (art. 149-B da CR/88).

Tal solução, entretanto, acabou gerando novos problemas. Um deles é saber como será o contencioso administrativo e judicial daqueles dois novos tributos. Sobre o contencioso administrativo das duas novas exações, já tratamos em outra oportunidade (Abreu, 2024). Resta agora examinar o seu contencioso judicial, a respeito do qual não houve uma única palavra no texto da EC 132.

Como as alterações no âmbito do Direito Tributário Material foram enormes e profundas, espera-se que a repercussão na esfera do Direito Tributário Adjetivo seja de análoga proporção. Por tal motivo, já se elaborou proposta de emenda à Constituição com o objetivo de adequar o ambiente do contencioso judicial àquelas alterações feitas no Direito Substancial. O objetivo do presente artigo consiste em analisá-

la e, na sequência, propor-lhe aperfeiçoamentos, a partir dos métodos bibliográfico e documental, baseados na legislação tributária brasileira em vigor e no texto da EC 132.

2 POR QUE O CONTENCIOSO JUDICIAL DO IBS/CBS SERÁ UM GRANDE PROBLEMA, SE O ATUAL SISTEMA NÃO FOR ADAPTADO PARA RECEBÊ-LO?

Suponha-se um empresário de qualquer ramo mercantil que adquira um veículo para as suas atividades profissionais, como o transporte de insumos de que precisa em sua produção, assim como para a entrega das mercadorias que produz. Ele adquire o veículo em nome da empresa e toma crédito em tal operação, pois confiou na regra prevista nos arts. 156-A, § 1º, inciso VIII, e 195, § 16, da CR/88, que dispõem que o crédito do IBS e da CBS será financeiro, ao invés de físico.

Ocorre que, tempos depois, recebe a visita de um fiscal da Administração Tributária AT federal (CBS) e da AT estadual (IBS) ou de apenas um deles, porque pode ser que ajam em cooperação (art. 156-B, § 2º, inciso V, da CR/88). E glosa(m) tal crédito, sob o argumento de se ter constatado que o empresário também utilizava tal veículo para atividades pessoais suas, como viagens em família, dentre outras. A consequência, portanto, são duas autuações: uma por crédito aproveitado indevidamente no âmbito do IBS e outra no da CBS, mas pelo mesmo e idêntico fato.

Inconformado, o empresário poderia impugnar administrativamente as autuações contra si lavradas no âmbito do Comitê Gestor do IBS (CG do IBS) e nas Delegacias Regionais de Julgamento (DRJs), quanto à CBS, mas decide ingressar diretamente em juízo, porque nenhuma lesão ou ameaça a lesão pode ser afastada do exame do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CR/88). Terá então que ajuizar duas ações judiciais, a saber, uma na justiça estadual e outra na federal, para discutir o mesmo e idêntico fato, o que fere a lógica mais mezinha. Agora imagine isso acontecendo em escala nacional, nas

inúmeras comarcas, seções e subseções judiciárias federais, país afora, por milhares de empresas, em relação a incontáveis autuações contra si lavradas. Quanto de contencioso não será agregado a um sistema tributário de litígios que já é caótico há décadas?

Felizmente, entretanto, tal fato não passou despercebido ao atual governo federal, que cuidou de fazer proposta para adaptar o atual cenário do contencioso tributário à nova realidade do Direito Tributário material.

3 EM QUE CONSISTE A PROPOSTA DO GOVERNO FEDERAL PARA O NOVO CONTENCIOSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO E POR QUE PRECISA SER APRIMORADA

Quando enviou o PLP 108 ao Congresso Nacional, o segundo dos projetos de lei destinados a regulamentar a EC 132, o Governo Federal fez questão de pontuar, no item 23, as justificativas que o precedem:

23. Neste ponto, cabe sublinhar um aspecto importante. A Reforma Tributária provavelmente demandará mudanças no Direito material tributário (sic), sobretudo no tocante aos processos relacionados à execução fiscal do IBS e às demais espécies de ações que tenham este tributo como o seu objeto de discussão. Tal quadro requer uma reavaliação das normas processuais de regência do contencioso judicial em sede de IBS, de sorte a conformá-las à nova realidade trazida pela Reforma, o que pode envolver, inclusive, eventual reorganização judiciária. Esta discussão demanda um diálogo entre todas as partes interessadas, notadamente o Poder Judiciário, advocacia pública e privada, administrações tributárias e contribuintes. A despeito de se reconhecer a importância do tema e a necessidade de endereçá-lo, o presente Projeto de Lei Complementar não veicula a resolução destas questões, cujo disciplinamento dar-se-á em instrumentos normativos a serem oportunamente apresentados ao Congresso Nacional, que serão elaborados a partir de um amplo diálogo sobre o tema com todas as partes interessadas (Brasil, 2024a).

No dia 14 de março de 2024, o atual Advogado-Geral da União entregou ao Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que passou a ser apelidada de “Minirreforma do Judiciário” (Tomazelli, 2024).

Pretende promover duas alterações profundas em nosso sistema constitucional. A primeira é a criação de um controle concentrado de legalidade no âmbito do STJ, a partir de uma ação declaratória de legalidade ou de ilegalidade de ato normativo ou de interpretação de lei federal, exclusivamente para questões relacionadas ao IBS/CBS:

Art. 105. (da CR/88) Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

k) a ação declaratória de legalidade ou de ilegalidade de ato normativo ou de interpretação de lei federal relacionada aos tributos previstos nos artigos 156-A e 195, V, desta Constituição.

[...]

§ 4º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nas ações declaratórias de legalidade ou de ilegalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como aos órgãos do Poder Judiciário, salvo o Supremo Tribunal Federal, os demais Tribunais Superiores e o Conselho Nacional de Justiça.

§ 5º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, observada a respectiva pertinência, as ações referidas na alínea “j” do inciso I deste artigo poderão ser ajuizadas por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, bem como pelo(s):

I - Advogado-Geral da União;

II - Procurador-Geral da Fazenda Nacional;

III - Presidente do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços;

IV – Associações de municípios de âmbito nacional, amplamente reconhecidas, financiadas exclusivamente por recursos públicos (Tomazelli, 2024).

A segunda alteração é no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Busca coibir a pulverização de ações que questionarão aspectos do IBS/CBS por todo o país, como no exemplo do empresário, linhas acima, possibilitando a criação de órgãos judiciais especializados, em primeiro e segundo graus, com competência sobre todo o território nacional, para decidir, inicialmente, somente sobre IBS/CBS.

Mas sugere a criação de tais órgãos no âmbito da Justiça Federal:

Art. 107. (da CR/88) Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de setenta anos de idade, sendo:

[...]

§ 4º As competências dos Tribunais Regionais Federais relativas às causas de que trata o inciso XII do art. 109 serão exercidas no âmbito de órgãos colegiados, compartilhados ou independentes a serem instituídos na forma prevista no § 6º do art. 109.

Art. 108. (da CR/88): Compete aos Tribunais Regionais Federais:

[...]

III – julgar, em grau de recurso, as causas relativas aos tributos previstos nos arts. 195, V e art. 156-A, nos termos da lei.

Art. 109. (da CR/88): Aos juizes federais compete processar e julgar:

[...]

XII – as causas relativas aos tributos previstos nos arts. 195, V e art. 156-A, nos termos da lei.

[...]

§ 6º A lei referida no inciso XII do caput deste artigo disporá sobre:

I – órgãos judiciais especializados com competência sobre todo o território nacional;

II – a quantidade de desembargadores, juizes e servidores que passarão a compor as unidades judiciais referidas no inciso I, em primeiro e segundo grau de jurisdição, sem prejuízo de sua vinculação funcional aos respectivos tribunais de origem;

III – a estruturação da Justiça Federal necessária para a assunção de tal competência, devendo

sempre ser admitida a realização dos atos processuais em meio eletrônico;

IV – a necessidade de que processos relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V, sejam julgados pelos mesmos órgãos judiciais monocráticos ou colegiados;

V – a possibilidade de criação de órgãos judiciais monocráticos e colegiados especializados para processar e julgar os demais tributos federais; e

VI - medidas para assegurar a inclusão digital dos jurisdicionados (Tomazelli, 2024).

Caso a referida proposta comece formalmente a tramitar e, eventualmente, venha a ser assim promulgada, tal fato implicará uma drástica amputação de competência da magistratura estadual de todo o país, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição. É que, como o ICMS, principal fonte de receita dos Estados, e o ISS, o imposto de maior arrecadação dos municípios de médio e grande porte, se converterão no IBS, tal imposto passará a ser decidido pela Justiça Federal, como pretendido naquela PEC. À Justiça Estadual restará apenas o julgamento dos tributos de menor expressão econômica, quais sejam o ITCD, o IPVA, o IPTU e o ITBI, além das taxas estaduais e municipais, o que não pode ser aceito, à evidência. E isso sem falar nas repercussões ao pacto federativo.

Os litígios relativos ao ICMS e ao ISS, que impactam profundamente o orçamento dos estados, DF e municípios médios e grandes são decididos, desde sempre, por juízes e desembargadores estaduais, próximos aos respectivos gestores locais, a saber, os governadores dos estados e do DF e os prefeitos municipais. A partir de então migrarão para a Justiça Federal e serão decididos por magistrados federais, cujo contato com aquelas realidades locais é sempre mais distante? E as procuradorias dos estados e municípios? Terão na Justiça Federal o mesmo acesso ao Judiciário que têm na Estadual?

Por outro lado, é preciso dizer que a proposta acerta quanto à necessidade de criação de um fórum judicial de

abrangência nacional, em que se possam concentrar as discussões e pacificar as divergências interpretativas sobre o IBS/CBS. Mas qual seria então a alternativa?

4 OS NÚCLEOS DE JUSTIÇA 4.0 COMO PONTO DE PARTIDA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA “MINIRREFORMA DO JUDICIÁRIO”

Os Núcleos de Justiça 4.0 são unidades judiciárias, como as unidades forenses atuais (varas estaduais, federais e trabalhistas), mas com a vantagem de funcionarem remotamente e com o uso das ferramentas tecnológicas mais avançadas que existem no Judiciário, como o processo eletrônico, as audiências virtuais e o balcão virtual, dentre outros. É a solução perfeita para qualquer tribunal do país que enfrenta problema de congestionamento em uma certa área ou que necessita de magistrados especializados para responder por outra (Conselho Nacional de Justiça, 2021). Por simples ato do Presidente do Tribunal, cria-se o núcleo e destacam-se magistrados e servidores para nele atuarem com exclusividade sobre tais e quais processos, apenas pelo tempo necessário para resolvê-lo. Isso feito, extingue-se a unidade, igualmente por simples ato do Presidente do Tribunal, voltando os magistrados e servidores à sua lotação anterior (Conselho Nacional de Justiça, 2021). A flexibilidade, portanto, é uma de suas grandes qualidades, ao invés do engessamento, típico das atuais unidades forenses. Basta ato do Presidente do Tribunal para criá-lo e extingui-lo, dispensado o processo legislativo sempre moroso da lei, seja local, ordinária ou complementar ou emenda à constituição.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, tem experiência altamente exitosa com Núcleos de Justiça 4.0, criados para enfrentar gargalos processuais, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição (Minas Gerais, 2023).

Sugere-se então a criação de um Núcleo de Justiça 4.0 em cada uma das seis regiões da Justiça Federal do país. Destarte, no âmbito territorial de cada Tribunal Regional Federal,

haverá um núcleo em primeiro grau, integrando juízes federais e estaduais, e outro em segundo grau, unindo desembargadores federais e estaduais, especialistas no assunto, com competência exclusiva para julgar CBS/IBS, com abrangência sobre toda a respectiva região federal. Eventualmente, pode-se pensar em um único núcleo, com abrangência nacional, como proposto na PEC.

A possibilidade de magistrados vinculados a tribunais diversos integrarem um mesmo núcleo não só tem previsão expressa no art. 67 do CPC,² como é a mais adequada e oportuna para a situação em apreço, em que a experiência da magistratura estadual no trato com as questões tributárias não pode ser menosprezada; ao contrário, deve ser aproveitada e estimulada.

Assim concebidos, tais núcleos teriam natureza democrática e plural, pois, além de as decisões sobre IBS/CBS serem proferidas por juízes federais, também o seriam por magistrados estaduais — o que decerto as enriqueceria — em um ambiente de ampla cooperação, como determina o art. 67 do CPC. Ademais, o fluxo processual não seria prejudicado, pois os núcleos somente operam com o que há de mais moderno em termos de tecnologia no Judiciário. Mas como seria o funcionamento de tais núcleos na prática?

Pode-se definir que as decisões proferidas por tais magistrados, tanto em primeiro quanto em segundo graus, sejam monocráticas ou colegiadas, conforme se pretenda priorizar o aspecto democrático ou a celeridade processual.

Tal modelo precisaria ser validado por uma emenda à Constituição, pois, de acordo com o atual regime constitucional, apenas magistrados federais podem decidir litígios oriundos de tributos federais, como dispõe o art. 109, inciso I, da CR/88.³

² Art. 67 do CPC: “Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores” (Brasil, 2015).

³ Art. 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto

Destarte, da mesma forma que aquela proposta encaminhada pelo governo federal sugeriu o acréscimo de uma alínea XII ao art. 109 da CR/88, para dispor que: “Aos juízes federais compete processar e julgar as causas relativas aos tributos previstos no art. 195, V, e art. 156-A, nos termos da lei”, poderia se estabelecer, ao invés, que a tais núcleos, integrados por magistrados federais e estaduais, competisse o julgamento do IBS e da CBS. Mas, se referidos núcleos não integrassem a estrutura da Justiça Federal, estariam vinculados a qual órgão ou tribunal? Por que não ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)?

Como é cediço, uma de suas principais atribuições consiste em uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país (art. 105, inciso III, alíneas a, b e c da CR/88), exatamente o que ora se pretende em relação ao IBS/CBS. E tal Corte Superior, inclusive, já foi eleita, pelo Constituinte Derivado, como o foro originário para processar e julgar os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do IBS, relacionados à sistemática do IBS/CBS, como se vê da alínea j, inserida ao inciso I do art. 105 da CR/88 pela EC 132.⁴

Assim, como já funcionam junto ao STJ a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e o Conselho da Justiça Federal (CJF) (art. 105, § 1º, incisos I e II, da CR/88), por que não poderiam igualmente funcionar os Núcleos de Justiça 4.0, dedicados ao julgamento exclusivo dos tributos gêmeos? Inclusive porque, caso as divergências interpretativas entre IBS/CBS persistam após os julgamentos em primeiro e segundo grau de jurisdição, os recursos especiais interpostos por contribuintes e procuradorias públicas, após admitidos, serão decididos por aquele Tribunal Superior.

É dizer, toda a estrutura de julgamento do IBS/CBS, tanto no controle difuso, quanto no que se propõe ser o novo controle

as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (Brasil, [2024]).

⁴ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] j) os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V” (Brasil, 2023a).

concentrado de legalidade e ilegalidade de ato normativo ou de interpretação de lei federal relacionada ao IBS/CBS, estaria unificada sob a governança do STJ. E como seria o recrutamento de magistrados para tais núcleos?

Os magistrados federais e estaduais que integrarão os Núcleos de Justiça 4.0 em primeiro e segundo graus de jurisdição serão cedidos por seus tribunais de origem. Assim é feito atualmente e com frequência no tocante a magistrados que passam a funcionar como juízes instrutores ou auxiliares em tribunais superiores, mas, para os futuros núcleos, recomenda-se um processo seletivo – ainda que simplificado – como forma de garantir-se isonomia entre os interessados e o preenchimento por julgadores com aptidão técnica para a função. A Enfam, que estaria igualmente albergada sob a estrutura do STJ, poderia conduzir o procedimento.

Decerto que muitas outras questões desafiam o modelo ora proposto. Algumas delas foram muito bem formuladas por Oliveira (2024), em artigo sobre o assunto. Dentre elas, cumpre mencionar as seguintes: 1) Sendo o IBS nacional e só se sabendo ao final da cadeia de consumo (princípio do destino) a quais entes será devido, quem deve(m) ser o(s) réu(s) em uma ação declaratória, ou a autoridade coatora em um mandado de segurança?; 2) Caberá ao contribuinte escolher o estado ou município contra quem litigará no IBS?; 3) A razão de decidir das ADIs 5.492 e 5.737 e do ARE 1.327.576 (repercussão geral) deverá ser superada? Acreditamos que tais perguntas, dentre outras, possam ser respondidas a contento pelo modelo ora proposto, como se terá oportunidade de demonstrar em momento oportuno.

Mas não se pode encerrar sem dizer que o novo contencioso judicial do IBS/CBS precisa dialogar com as propostas sugeridas pela Comissão de Juristas, instituída por ato conjunto do Presidente do STF e do Senado Federal e coordenada pela Ministra Regina Helena Costa, do STJ, com a intenção de propor soluções para o caótico contencioso tributário brasileiro. Ao fim de quase seis meses de trabalho,

referido colegiado produziu um relatório substancial e vários projetos de lei com trâmite atualmente no Congresso Nacional (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

5 CONCLUSÃO

O Brasil passa por um momento inédito de transformação do seu sistema tributário, com a promulgação da EC 132, ocorrida em 20 de dezembro de 2023, que alterou profundamente a tributação do consumo. Apesar de, em tese, trazer simplificação, a reforma criou um sério problema para o contencioso tributário do novo IVA, pois, se tudo permanecer como está hoje, IBS e CBS serão julgados por órgãos administrativos e judiciários diversos, o que decerto gerará divergência interpretativa em relação a tributos “gêmeos” ou “siameses”, o que é inaceitável.

Como solução, o Governo Federal sugeriu uma PEC, que passou a ser chamada de “Minirreforma do Judiciário”, que pretende operar alterações profundas nos controles concentrado e difuso de constitucionalidade. No âmbito deste último, retira o contencioso do IBS da Justiça Estadual e o entrega à Justiça Federal, amputando severamente a competência tributária dos juízes de direito e desembargadores estaduais em todo o país, o que é igualmente inaceitável, inclusive pelas violações ao pacto federativo que enseja.

Sugere-se então um aprimoramento à sugestão do Governo Federal, a partir da experiência nacionalmente exitosa dos Núcleos de Justiça 4.0, integrando magistrados federais e estaduais em um ambiente de cooperação e a partir do que há de mais moderno em tecnologia no Poder Judiciário. No âmbito territorial de cada TRF, haveria um núcleo em primeiro grau, integrando juízes federais e estaduais, e outro em segundo grau, unindo desembargadores federais e estaduais, especialistas no assunto, com competência exclusiva para julgar CBS/IBS. Ao invés de vinculados à estrutura da Justiça Federal, tais núcleos estariam adstritos à governança do STJ, assim como já estão a Enfam e o CJF (art. 105, § 1º, incisos I e II, da CR/88).

Uma de suas principais atribuições consiste em uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país, exatamente o que ora se pretende no âmbito da CBS/IBS. Ademais, a própria EC 132 cometeu-lhe a competência originária para processar e julgar os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do IBS, relacionados à sistemática do IBS/CBS (art. 105, inciso I, alínea j, da CR/88).

A nova arquitetura de contencioso judicial tributário do IBS/CBS que por ora se propõe, ainda pode ser uma espécie de embrião de uma futura Justiça Tributária Especializada que possa albergar um contencioso célere, justo e previsível em oposição ao caótico em que estamos inseridos há décadas.

Enfim, tempos dinâmicos e complexos, como os atuais, exigem do Poder Judiciário soluções arrojadas à altura. Enfrentá-los com os instrumentos defasados do passado nos fará perder a corrida rumo a uma prestação jurisdicional célere, integral e de qualidade. E o momento é agora, em que a reforma do consumo já foi aprovada e sua regulamentação está sendo elaborada. Os verdadeiros líderes não hesitam; avançam rumo ao futuro com segurança, para que não sejam engolidos pelo tempo e acabem por condenar seus liderados a um atraso perpétuo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Murilo Silvio de. Como uniformizar o divergente contencioso administrativo do IBS e da CBS, criado pela reforma tributária do consumo? *Revista Eletrônica Direito Fadenorte: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Norte (Fadenorte)*, São Francisco, n. 1, v. 3. p. 20-36, 03 jun. 2024. Disponível em: <https://revistafadenorte.com.br/index.php/revistaeletronica/article/view/39>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 108/2024*. Institui o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços - CG-IBS, dispõe sobre o processo administrativo tributário relativo ao lançamento de ofício do Imposto sobre Bens e Serviços - IBS, sobre a distribuição para os entes federativos do produto da arrecadação do IBS, e sobre o Imposto sobre Transmissão *Causa mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 05 jun. 2024a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2438459>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 3 de abril de 2019*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.492. Direito processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Análise da adequação constitucional de dispositivos do código de processo civil à luz do federalismo e dos princípios fundamentais do processo. Pedido parcialmente procedente. Relator: Min. Dias Tofoli, 25 de abril de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 9 ago. 2023b. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente="ADI 5492"&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=). Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.737. Direito processual civil. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Análise da adequação constitucional de dispositivos do código de processo civil à luz do federalismo e dos princípios fundamentais do processo. Pedido parcialmente procedente. Relator: Min. Dias Tofoli, 25 de abril de 2023. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 ago. 2023c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768917607>. Acesso em: 27 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.327.576. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Artigo 46, § 5º, do CPC. Interpretação conforme. Aplicação restrita aos limites do território de cada ente subnacional ou ao local de ocorrência do fato gerador. Precedentes. Relator: Min. Dias Tofoli, 7 de agosto de 2024. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 20 ago. 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230580&ext=.pdf>. Acesso em: 27 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro*. Insper. Brasília: CNJ, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Núcleos de Justiça 4.0*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/nucleos-de-justica-4-0/>. Acesso em: 29 set. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Diretoria Executiva de Comunicação (DIRCOM). Núcleos de Justiça 4.0 imprimem celeridade e efetividade à prestação jurisdicional. Belo Horizonte: TJMG, 1º ago. 2023. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/nucleos-de-justica-4-0-imprimem-celeridade-e-efetividade-a-prestacao-jurisdicional.htm>. Acesso em: 15 jan. 2025.

OLIVEIRA, Luciana Marques Vieira da Silva. Contencioso judicial pós-reforma (ou revolução) tributária. *Revista eletrônica Jota*, [s. l.], 26 ago. 2024. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/contencioso-judicial-pos-reforma-ou-revolucao-tributaria>. Acesso em: 29 set. 2024.

TOMAZELLI, Idiana. Governo discute nova PEC com minir-reforma do Judiciário para solucionar conflitos tributários. *Folha de São Paulo [online]*, São Paulo, 14 mar. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/03/governo-discute-nova-pec-com-minirreforma-do-judiciario-para-solucionar-conflitos-tributarios.shtml>. Acesso em: 29 set. 2024.

200
años



O ASSENTAMENTO DE UMA TEORIA DO PROCESSO NAS BASES DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

THE SETTING OF A PROCESS THEORY ON THE BASIS OF THE 1988 CONSTITUTIONAL LETTER

Paulo Rubens Salomão Caputo¹

RESUMO

Este artigo analisa, embora de modo sucinto, a Teoria Constitucional do Processo nos Estados de Direito, com foco na proposta de suas sincategorias fundantes de uma respectiva teoria processual, as quais sustentam todo o Sistema Constitucional de Justiça e o Sistema Constitucional de Processo. Examina os princípios constitucionais expressos na Carta Política de 1988 e seu caráter normativo, bem como sua repercussão infraconstitucional e a aplicação de normas processuais-procedimentais. O estudo aborda também o que se poderia chamar de Véu de Proteção e sua Irredutibilidade Nuclear no sistema processual-jurisdicional nacional, e seus reflexos no âmbito de atuação do Estado-Juiz.

Palavras-chave: Teoria Constitucional do Processo; sincategorias; sistema constitucional de justiça; sistema constitucional do processo; repercussão infraconstitucional.

ABSTRACT

This article analyzes, albeit succinctly, the Constitutional Theory of Process in the States of Law, focusing on the proposal of its fundamental syncategories of a respective procedural

¹ Bacharel em Direito - UFMG, especialista em Direito Processual - PUC Minas, mestre em Direito - Unimep (Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e Cidadania), ex-advogado, ex-promotor de justiça do Estado de Goiás, ex-professor da PUC Minas (Campus Poços de Caldas), juiz de direito do TJMG, autor da obra *Código de Processo Civil articulado*, Ed. JH Mizuno, 2016 – na qual se baseia o presente artigo. E-mail: gab.pcsjesp2@tjmg.jus.br.

theory, which support the entire Constitutional System of Justice and the Constitutional System of Process. It examines the constitutional principles expressed in the 1988 Political Charter and their normative character, as well as their infra-constitutional repercussion and the application of procedural-procedural norms. The study also addresses what could be called the Veil of Protection and its Nuclear Irreducibility in the national procedural-jurisdictional system, and its consequences in the scope of action of the State-Judge.

Keywords: Constitutional Theory of Process; syncategories; constitutional system of justice; constitutional system of process; infraconstitutional repercussions.

1 INTRODUÇÃO: POR UMA TEORIA DO PROCESSO DE BASES CONSTITUCIONAIS

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil brasileiro em 2015 (Brasil, 2015), tudo conduz a que se abandone, de vez, a tradicional visão de uma teoria geral do processo, mais assentada na mera estrutura e técnica legislativa do movimento de codificação de 1973 (na mesma esteira do que se dera com a unificação dos códigos estaduais de processo sob o manto do CPC/1939) (Brasil, 1939), alcançando-se o que se poderia denominar hodiernamente de teoria do processo de bases *constitucionais* (tratada aqui também como uma *teoria processual*).

De modo inescandível, o CPC de 2015 (Brasil, 2015), já no seu pórtico, faz menção a uma série de princípios constitucionais, os quais devem mesmo marcar o campo de possibilidade de atuação do Poder Judiciário como *legislador negativo*, de um lado, e, de outro, *vetorizar* a interpretação de toda a disciplina infraconstitucional sobre o Direito Processual. Veem-se aí os dois núcleos de sustentação do caráter normativo dos princípios a se irradiarem para a ordem infraconstitucional.

Nesse norte, registra-se que o modelo constitucional do processo é delineado na CF/88 não só no seu art. 5º, mas também em outros princípios que, não obstante não estarem elencados sob a rubrica dos direitos e garantias fundamentais, acabam por ter, ainda mais se vistos no contexto unitário da Carta Política, a mesma envergadura e, não menos importante, a mesma densidade constitucional daqueles. Diferentemente não poderia mesmo ser, ante a expressa indicação nesse sentido do art. 5º, § 2º, da CF/88 (Brasil, 1988).

Assim é que se vão encontrar, na unidade contextual da Carta Política, os princípios constitucionais que modelam, moldam e condicionam o processo, na perspectiva de detalhamento no plano da legislação ordinária, notadamente nos seus aspectos estruturais e procedimentais refinados no plano infraconstitucional.

2 ASPECTO SINCATEGOREMÁTICO DA TEORIA DO PROCESSO DE BASES CONSTITUCIONAIS (OU SIMPLEMENTE TEORIA PROCESSUAL)

Se, no moderno constitucionalismo, a Carta Política, como emanção da sociedade civil (Barros, 2007, p. 11-85),² é esta que põe, institui o Estado, limitando seu poder, separando os Poderes, organizando suas funções, distribuindo competências e garantindo direitos, não parece adequado à manutenção (não ao menos sem uma profunda revisão) da tradicional *teoria geral do processo* calcada numa trilogia (ou trinômio jurisdição-ação-processo) de assento puramente legislativo-dogmático, como mera defluência da técnica de codificação empregada pelo legislador ordinário de 1973.

A lei infraconstitucional, quando trata da reservada matéria processual (CF/88, art. 22, I) (Brasil, 1988), não pode ser em si mesma, não se basta em si. Deve, incontornavelmente, refletir, antes e acima de tudo, aquilo que está posto a respeito na Constituição.

² Trata-se de um capítulo da obra referida, intitulado “Estado e sociedade civil”.

Decorre dessa concepção da *teoria do processo de bases constitucionais (teoria processual)* que seus quatro elementares (e não apenas três), quais sejam jurisdição - ação - processo - caso julgado, formam um todo sincategoremático,³ assim melhor representado: jurisdição - ação - processo - caso julgado.

Isso quer dizer que tais categorias, aplicadas na edificação de uma teoria, não bastam em si mesmas, nem quando estão previstas em lei infraconstitucional, devendo ter seus significantes buscados de acordo com a orientação constitucional.

Também isso significa que, isoladamente, embora tenham significado vocabular próprio (geral, ou mesmo voltado ao campo do direito, historicamente), para os propósitos da *teoria processual* aqui proposta, cada uma dessas categorias deve ser tomada referentemente e em sinergia com as outras, mantendo-se aquela inspiração e unificação radical-constitucional.

A *teoria processual* deve manter permanente ligação com o “modelo constitucional do processo”, expressão essa disseminada por Andolina e Vignera, conforme prenunciado por Theodoro Júnior (2008) em Aula Magna de Encerramento de Ano Letivo na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – *Campus* de Poços de Caldas, intitulada “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”.⁴

³ Para quem, esclareça-se, tradicionalmente, um termo categoremático “[...] é qualquer termo que, isolado, forma um elemento com sentido de uma proposição, enquanto que os termos sincategoremáticos precisam de outros para formar uma unidade com sentido” (Blackburn, 1997, p. 362).

⁴ A menção é esta: “De outro ângulo, o modelo constitucional do processo contemporâneo, para Andolina e Vignera, vincula-se a algumas características gerais que se manifestam: a) na expansividade [do modelo], consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais comuns concebidos pelo legislador ordinário, fisionomia essa que deverá ser compatível com aquele modelo (o constitucional); b) na variabilidade, consistente na possibilidade de assumir [o procedimento] formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais

Tal assento principiológico não importa em perda de efetividade, segundo o mesmo Theodoro Júnior (2008), dessa feita com apoio em outro expoente da doutrina italiana: Trocker.⁵

Arremata assim Theodoro Júnior (2008) sua precisa lição:⁶

Em suma: o justo processo não pode ser formalizado pelo legislador ordinário, nem aplicado pelos órgãos jurisdicionais, sem amoldar-se ao modelo constitucional. Pode, entretanto, enriquecer a precisão das garantias demandadas pela Constituição, criando garantias e mecanismos novos que não tenham sido previstos na Lei Maior, mas que se afinem com os seus propósitos e aprimorem o próprio modelo constitucional. Nessa ótica o processo modelado pela Constituição retrata um mínimo do qual o legislador ordinário e os juízes não podem se furtar. Nada impede, todavia, que se criem novas e melhores garantias por engenho da lei processual comum,

concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos; c) na perfectibilidade, consistente na idoneidade [do modelo constitucional] de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no próprio respeito daquele modelo e em função de alcançar objetivos particulares) pode mesmo construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional" (Theodoro Júnior, 2008). O autor ora citado, nesse passo, também faz referência a Leonardo Greco (2005) e Samir José Caetano Martins (2008).

⁵ Veja-se a menção: esse quadro delineia-se constitucionalmente de maneira dura ou rígida, segundo Trocker, entre os direitos fundamentais, pois confere-lhes "estabilidade e oponibilidade em face de todo e qualquer poder ordinário do Estado; torna estas normas dotadas de concreta força preceptiva, cuja observância, mesmo da parte do legislador, é judicialmente verificável graças à introdução dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis" (Nicolò Trocker *apud* Theodoro Júnior, 2008).

⁶ Registra-se em nota, no original: "Non se entrevê no princípio do processo justo apenas referência simbólica, já que na ótica constitucional do processo moderno esse princípio 'acquista un significato sostanziale, in quanto sottolinea la portata 'relazionale' delle diverse garanzie costituzionale afferenti al processo e la loro stretta interdipendenza funzionale [...] In questo senso la norma contiene una fondamentale indicazione di método: le garanzie costituzionale del processo hanno bisogno di un'interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a se stanti, ma sappia coglierne il significato appunto 'relazionale' entre una serie di collegamenti e di interdipendeze funzionali'" (Nicolò Trocker *apud* Theodoro Júnior, 2008).

diante principalmente das exigências da vida em suas feições práticas e concretas (Theodoro Júnior, 2008).

3 SISTEMA CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA E SISTEMA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Para que se tenha o modelo constitucional do processo na sua integralidade, inserido em um sistema constitucional de justiça e do próprio processo *constitucionalizado* e que também seja entendido como um “*modelo constitucionalizado*” a ser implementado em cada caso concreto, de acordo com os princípios constitucionais conformadores, obtempera Leal:

O processo constitucionalizado traz em si princípios que não podem ser desconsiderados se se tem em mente a *legitimação democrática das decisões judiciais*. Andolina e Vignera vão além da proposta de Fazzalari e se ocupam do estudo do processo como *modelo constitucionalizado* a vincular a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais. Portanto, a partir desses autores, o processo não é mais somente procedimento em contraditório. Em sua obra, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Andolina e Vignera afirmam desenvolver uma teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos criados pela norma infraconstitucional se amoldem as determinações presentes na Constituição. [...] Assim, Andolina e Vignera buscam demonstrar, em análises objetiva e subjetiva, que é forçoso entender o processo como *modelo constitucionalizado* a ser obedecido na construção dos procedimentos na infraconstitucionalidade. O contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais. E a *teoria constitucionalista do processo* encampa o ensino, como se verá, desses insígnies juristas pelas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho (Leal, 2002, p. 87-88, grifo nosso).

Com arrimo em Comoglio,⁷ Theodoro Júnior (2008) explicita que há uma sorte de princípios constitucionais que precisam se apresentar para compor um “justo processo”.

Alguns autores divergem quanto ao emprego da terminologia Direito Processual Constitucional⁸ (Theodoro Júnior, 2008) e Direito Constitucional Processual, preferindo-se, aqui, aquela a esta, já que, primeiro, a ênfase que se quer dar é aos aspectos processuais *na* Constituição (macrossistema constitucional do processo), e não de particulares mecanismos processuais da Constituição (microssistema constitucional de demandas constitucionais), a exemplo do mandado de segurança individual e coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, “ação” popular, “ação” de descumprimento de preceito fundamental, “ação” direta de inconstitucionalidade e “ação” direta de constitucionalidade; e, segundo, quer-se delinear, com a maior precisão possível, aquele conjunto de princípios processuais (do processo) que consubstanciam a sistemática constitucional modeladora a que já se fez menção.

⁷ A citação feita pelo autor é referente a Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo (2006). Esta é a passagem: “Para Comoglio, as *garantias individuais*, que derivam da Constituição e refletem sobre o ‘justo processo’, compreendem: a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade, e de correlação e adequação à tutela correspondente a situação jurídica substancial concreta; b) ampla defesa: ‘direito inviolável’, em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional; c) assistência judiciária gratuita aos necessitados; d) juiz natural, preconstituído pela lei. As *garantias estruturais*, segundo o processualista italiano, são: a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei; b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária; c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção; d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a ‘tutela’ dos direitos subjetivos substanciais; e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário); f) independência dos juízes e Ministério Público; g) exercício da jurisdição segundo o ‘justo processo regulado pela lei’; h) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes em condições de igualdade, diante de um juiz neutro (‘terzo’) e imparcial, assegurada a razoável duração do processo; i) motivação de todas as decisões judiciais; j) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei” (Theodoro Júnior, 2008).

⁸ Essa designação seria a majoritariamente preferida, segundo Rocha (2003 *apud* Theodoro Júnior, 2008).

É o direito processual constitucionalizado que interessa; enfim, o direito processual constitucional.

Diferentemente de outros países (e. g., nos Estados Unidos, por construção da Suprema Corte; na Espanha, pela concentração de tais elementos no art. 24.2 da Constituição de 1978),⁹ no Brasil, não decorrem a delimitação e o alcance do chamado modelo constitucional do processo exclusivamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional ou de um artigo da Constituição, mas sim da coextensão¹⁰ recíproca de vários princípios constitucionais expressos ou a estes imanentes.

Assim, identificam-se, na CF/88, os núcleos do modelo constitucional do processo nos princípios que se seguem, coextensivos, uns com relação aos outros, para que se os tenha em uma unidade complexa.

4 NÚCLEOS PRINCIPIOLÓGICOS CONSTITUCIONAIS

O princípio da isonomia (ou do tratamento isonômico das partes em juízo – art. 5º, *caput* e I) faz da igualdade perante a lei a tônica do que aí se enuncia. Advirta-se, com Dantas, que, embora se trate o princípio da igualdade também com a denominação de princípio da isonomia, e aí não se veja propriamente um princípio constitucional processual, repercutem “[...] inequivocamente sobre o processo [...]” (Dantas, 2010, p. 23).

Para Oliveira (2010, p. 33-35), o princípio constitucional do processo obriga a legislação a prever uma estruturação do processo imune a privilégios e dotado de “técnicas processuais”

⁹ “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado em lei, à defesa e assistência por advogado, a serem informados da acusação contra si deduzida, a um processo público sem postergações indevidas e com todas as garantias, a usar os meios de provas adequados para sua defesa, a não prestarem declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência” (Espanha, 1978, tradução nossa).

¹⁰ Tais princípios não são propriamente sincategoremáticos, como os já citados quatro elementares da teoria do processo (jurisdição <=> ação <=> processo <=> caso julgado), mas complementam-se e entretecem-se reciprocamente. São, pois, coextensivos. Ainda quanto aos princípios, ver itens 16 e 25 da obra de Caputo (2016).

que possibilitem “correções de eventuais disparidades”, cabendo ao órgão judicial dirigir o processo de molde a “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Com a isonomia, ordinariamente se veda a distinção absurda (Moraes, 2000), que é aquela que desborda para a discriminação ou favorecimento, erro em que não pode incorrer nenhum poder do Estado, menos ainda o Estado-juiz. Todavia, observa Bueno:

Ensina a doutrina que o mero tratamento desigual, por si só, não agride, necessariamente, a isonomia constitucional. O que releva é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para *equilibrar*, perante o Estado – e para os fins deste Curso, perante o juiz no processo jurisdicional –, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surge no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida (Bueno, 2007, p. 118).

No processo, a isonomia projeta-se ainda como igualdade de oportunidades processuais conferidas a ambos os litigantes, importando na síntese “paridade e igualdade de armas” (Bueno, 2007, p. 118).

O princípio do acesso ao Estado-jurisdição (acesso à jurisdição ou ao sistema de justiça – art. 5º, XXXV e LXXVII) garante que todos têm o direito de acessar o Poder Judiciário. Os incisos XXXIV, alínea a, e XXXV do art. 5º da Constituição Federal, ainda ditam que são a todos assegurados o direito de petição aos Poderes Públicos e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (Brasil, 1988).

Significa dizer que, tendo acesso aos seus órgãos, o cidadão tem acesso à jurisdição (enquanto poder - dever - função do Estado) para garantir a incolumidade de sua esfera jurídica, seja esta protegida por direito expresso em lei, seja protegida pelo campo de domínio normativo, ou

âmbito da norma, ou matéria ou conteúdo da norma; enfim, aquilo que não for contrário ao direito em si merece proteção do Estado, notadamente os direitos fundamentais, todos de aplicação imediata, como prescreve o § 1º do mesmo art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Compatibiliza-se o princípio da legalidade (art. 5º, II) com os princípios constitucionais da separação dos poderes (Preâmbulo e art. 2º, 2ª parte), da cidadania (art. 1º, I) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), criando um sistema, independentemente de previsão legal expressa (art. 5º, LXXI; art. 102, I, q, e § 1º), de pretensões individuais e coletivas (art. 5º, LXX e LXXIII, arts. 127, *caput*, e 129, III e IX), para cujo atendimento corresponderá um sistema de justiça (Brasil, 1988).

Reserva-se ao poder jurisdicional a exclusividade, sempre, da “última palavra”, e, muitas vezes, também da “primeira palavra” (Canotilho, 2003, p. 668-669).

Assim, nem mesmo a lei poderá limitar o direito de quem tenha legítimo interesse à proteção da jurisdição, e esta, ainda que para não reconhecer uma pretensão deduzida (afirmação ou invocação de direito), obriga-se a uma resposta ao jurisdicionado.

Seguem disso exatamente outras designações que procuram lhe apurar o significado e alcance, como acesso à ordem jurídica justa, inafastabilidade da jurisdição ou do controle jurisdicional, e até ubiquidade da jurisdição (Bueno, 2007).

A complementar tal normatização, vem o art. 5º, LXXVII, já no plano constitucional, prever a gratuidade para o manejo de *habeas-corpus* e *habeas-data*, bem como, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania (Brasil, 1988).

Pelo princípio da assistência jurídica estatal integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), assegura-se que, aos que comprovarem insuficiência de recursos, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita (Brasil, 1988).

Como é próprio das democracias ocidentais, pelos desdobramentos histórico-políticos do *Bill of Rights*, de 1689 (Caputo, 2016) o direito de ação é radicalmente próximo do direito de petição (*right of petition*), sofrendo especificidades quando o poder público a quem se dirige é a jurisdição. Esta, como visto no item anterior, é aberta ao acesso, mas de nada adiantaria se os cidadãos não tivessem como acessá-la.

Daí que, em não o podendo fazer o cidadão por conta própria, o Estado mesmo deverá oferecer este complemento aos que comprovadamente disso carecerem.

A dupla face da negativa de jurisdição fica, assim, contida: não se pode vedar o acesso à jurisdição, em hipótese alguma, do ponto de vista da postura do Estado; e, do ponto de vista do cidadão, deve-se permitir acessar o mais amplamente possível, tanto que o art. 134 da Constituição Federal prevê a Defensoria Pública como instituição indispensável à função jurisdicional do Estado, em todos os graus de jurisdição, e o Ministério Público como garante subsidiário dos direitos individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127, *caput*, final) (Brasil, 1988).

O princípio do Juiz Natural é *cláusula* histórico-política e vem externado no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, afastando a incidência de juízos ou tribunais de exceção e impondo que ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente (Brasil, 1988).

Autoridade é quem, regularmente investido dos poderes jurisdicionais, pode dirigir um processo e sentenciar, dentro das regras do *sistema de justiça*.

Deve o órgão da jurisdição ser prévio ao fato decidendo e imparcial, já que exercente de uma função do Estado que não pode, formalmente, privilegiar um envolvido em detrimento do outro, ainda que esse envolvido seja ele próprio, o Estado.

O Juiz Natural, assim, apresenta dois núcleos binomiais de densidade, a saber: *previalidade-competência* (do órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário; do juízo) e *investidura-imparcialidade* (do juiz).

Importa o princípio do Juiz Natural, ainda, no estabelecimento de salvaguardas ao conjunto de órgãos que compõem a jurisdição (Poder Judiciário) e ao conjunto de seus membros (aqueles investidos dos poderes-deveres jurisdicionais, a Magistratura). Essas salvaguardas se traduzem na independência externa e interna, respectivamente, do Poder Judiciário e dos juízes, de acordo com o que dispõe a própria Constituição Federal e leis complementares (federais e estaduais).

Uma dupla garantia, portanto: de proteção dos cidadãos em face do Estado; e do Poder Judiciário e dos juízes em face dos demais Poderes e agentes políticos. Uma democracia forte exige um Judiciário forte.

O princípio do Juiz Natural, assim, influencia sobremaneira a concepção da jurisdição nas democracias e retira o exclusivo argumento da autoridade e da estatalidade meramente autocrática, e, ao lado do princípio do devido processo (justo processo) e do princípio do acesso ao sistema de justiça, delineia a recíproca implicação daquela com o processo e a ação, deixando claro, nessa coextensão funcional, um núcleo inafastável de dominialidade normativa e constitucionalidade, que passam, aos olhos de uma teoria processual, à qualidade de seus elementares sincategoremáticos.

O sentido histórico-político do *due process* (tanto na *Great Charter* ou *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215 (Brasil, 1986), como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XI, I, de 1948 (Brasil, 2025), não pode ser afastado da compreensão do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, o qual abriga o princípio do processo devido ou justo (devido processo ou justo processo) (Brasil, 1988).

O *due process of law* nunca significou um processo segundo um mero e qualquer procedimento estatuído em lei, mas sim que nunca se procederia ou mandaria proceder contra um homem livre para privação de sua liberdade ou de seus bens senão mediante um julgamento segundo o costume ou a lei daquela terra, dos seus pares, e pelos seus pares.

No sistema do *common law*, a *law of the land* ou *per legem terrae*, antes de mais nada, é aquela decorrente da posição da Corte (*stare decisis*). Embora com mudança redacional (*law of the land para due process of law*), esse sentido não teria sido perdido na releitura do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, feita em 1354, durante o reinado de Eduardo III, anota Silveira (2001, e, no mesmo sentido, Theodoro Júnior, 2007).

Inicialmente transplantado para as Treze Colônias da América, a cláusula não teve o seu significado alterado, agregando-se a outros pela Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição Americana, continuando a garantir a todos igual proteção das leis e da não privação da vida, propriedade e liberdade de qualquer pessoa sem o devido processo, quanto à primeira, e devido processo legal, quanto à redação dada na segunda, ainda conforme Silveira (2001).

Além de manter, então, a noção, a eles autodestinada, de *fundamental rights*, os americanos afastaram a supremacia da maioria parlamentar na atribuição de declaração do que é direito e erigiram a supremacia da Constituição, a qual, pela interpretação dada pelo Judiciário, é que ditava o que era direito e controlava a constitucionalidade das leis, inaugurando, assim, um virtuoso sistema constitucional híbrido, de convivência entre as regras institutivas do *common law* e as positivas do *statute law*.

A transposição linguística para *devido processo legal* pode conduzir ao entendimento, equivocado como já afirmado, de que o processo é apenas e mera forma procedimentalizada, segundo as disposições legais infraconstitucionais destituídas de conteúdo, sentido ou finalidades.

Pior, ainda, é que tal transposição afaste a *historicidade* existente na gênese de tal princípio e seu componente material indissociável (*substantive due process*: proteção do direito de liberdade; razoabilidade e não arbitrariedade das leis; separação de poderes; *judicial review* – a província do Poder Judiciário é a Constituição!), ao lado do seu componente processual

(*procedural due process*: em geral, *limitações de caráter ritual* à atuação do Poder Público, como assentado pelo STF).¹¹

Forçoso concluir que, historicamente, o devido processo é que institui a jurisdição, e não esta que põe (ou, a seu exclusivo talante depõe) um processo enquanto mero instrumento ou método de atuação. A transposição da cláusula *due process* para a rasa expressão *devido processo legal* contribui negativamente nesse aspecto.

O Estado de Direito, o Estado Constitucional de Direito, pois, e sua indissociável relação com o princípio democrático não se enunciam senão pelo devido processo.

O devido processo catalisa e compacta os diversos aspectos relevantes dos demais princípios constitucionais de molde a assegurar, tanto *junto* ao Estado como mesmo *em face* do Estado, o exercício dos demais direitos individuais e sociais.

O devido processo não só assegura aos cidadãos a fruição de direitos, mas também permite à cidadania fiscalizar a legitimidade de todo o ordenamento jurídico por meio do processo e, ainda por aí, a promover a instauração de procedimentos necessários, "[...] em todos os níveis da jurisdição, sem qualquer ônus", voltados "[...] ao controle irrestrito de constitucionalidade como atividade reconstrutiva legitimante dos direitos positivados no ordenamento jurídico de paradigma democrático" (Leal, 2002, p. 179).

Se for para desnaturar a essencialidade do princípio do devido processo, lançando-o às vicissitudes do mero *legalismo* e do *procedimentalismo*, preferível é que se use a expressão *justo processo*, pois esta parece estar infensa a tal degeneração.

Melhor tratar ambos os princípios, do contraditório e defesa ampla, num só passo, conquanto inevitavelmente referentes. Contradiz-se para defender, o mais amplamente, a posição que se sustenta no caso concreto, e se defende amplamente uma posição que é contrária à da parte *ex adversa*.

¹¹ Veja-se a posição do Plenário, Medida liminar nas ADINs 1.922-9/DF e 1.976/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, julgado em 06.10.1999 (Brasil, 1999a, 1999b).

Usualmente, afirma-se (Moraes, 2000) que o contraditório e a ampla defesa são corolários do princípio do devido processo. É verdade, mas uma meia verdade. O art. 5º, LIV, da Constituição Federal assegura, mesmo aos litigantes em processo judicial, o contraditório e a ampla defesa, além dos meios e recursos a tanto inerentes (Brasil, 1988).

Por si só, isso já resguarda não só a possibilidade de cientificação do porquê e do quê do processo judicial, mas o direito de ter audiência junto ao Estado-jurisdição e de se opor ao que contra si é procedido, usando dos meios probatórios e de convencimento, até a última instância de discutibilidade existente.

O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: “ciência e resistência” ou “informação e reação”. O primeiro desses elementos é sempre indispensável; o segundo, eventual ou possível (Bueno, 2007, p. 107).

Fora de dúvida a importância enunciativa de tais princípios; mas há mais, muito mais neles. O contraditório e a ampla defesa se voltam a ambos os litigantes, os quais podem não só ser ouvidos pelo Estado-jurisdição, mas se fazerem ouvir no sentido de a este persuadir cada qual da sua razão e defenderem amplamente, em oposição, não só as imputações do outro, mas defenderem amplamente sua posição em face de tais razões. Isso não passa desapercibido por Theodoro Júnior:

A reconstrução do direito europeu pós-segunda guerra, de que nasceu o contemporâneo Estado Democrático de Direito, reservaria ao contraditório papel muito mais amplo do que a simples audiência bilateral. A partir da doutrina alemã, expandiu-se para toda Europa a identificação do contraditório como algo que transcendia à bilateralidade de audiência e que se apresentava como a possibilidade reconhecida às partes de influir na formação do conteúdo das decisões judiciais. Tudo o que de alguma forma pudesse ter influência sobre a futura decisão estaria submetido ao dever de consulta a ser cumprido pelo juiz durante o debate processual, nele compreendidas

tanto as questões de fato como as de direito; ou seja, todos os fundamentos de qualquer decisão teriam de passar pelo crivo prévio da discussão das partes, de sorte que a resolução judicial nunca pudesse representar surpresa para qualquer dos litigantes. Assim, o mecanismo do contraditório transformava-se no instrumento democrático de assegurar a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional (Theodoro Júnior, 2008).

Para tal, mister é assegurar aos litigantes tempo razoável para preparar e sustentar suas alegações, o que se direciona ao legislador, para que evite a irrazoabilidade de lei processual/procedimental, nesse particular, e também ao Estado-juiz, para que, naquelas oportunidades em que há liberdade de fixação de prazos processuais, faça com que sejam estes condizentes com tais garantias.

O contraditório e a ampla defesa ainda são refratários à *surpresa*, ao desaviso no processo:

De modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o dever de fundamentar as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, inc. IX de nossa Constituição. O contraditório, desse modo, constitui, segundo Ferri, uma verdadeira garantia de não-surpresa, que 'impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em 'solitária onipotência' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes'. O contraditório, assim concebido, não elimina nem reduz os poderes do juiz de decidir as questões processuais. Incide apenas sobre a forma de exercitá-los, cuja inobservância pode conduzir à nulidade dos proventos (Theodoro Júnior, 2008).

O contraditório e a ampla defesa não são só corolários do devido processo (embora, como antes falado, sejam também

a ele coextensivos), mas são ingredientes indispensáveis a um processo justo, na medida em que o temperam, forjando-o a um só passo para que atenda às exigências de equilíbrio procedimental (a forma ligada a conteúdos relevantes), para que modere as atividades das próprias partes e do Estado-juiz, e para que este seja receptivo à influência antes e para a decisão. Veja-se com Bueno:

O que se deve destacar, a este respeito, é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado *influenciar* – ou, quando *menos*, *ter condições reais, efetivas, de influenciar* –, em alguma medida, na decisão a ser proferida. [...] Não é por razão diversa que se fala tanto em 'legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal', querendo com isto destacar que a manifestação do Estado – de todo ele, não só do Estado-juiz – será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para *influenciar* a autoridade competente antes de sua decisão (Bueno, 2007, p. 108-109, grifo nosso).

Sobressai da ampla defesa e do contraditório a dialeticidade, incrustada já no brocardo *audiatur et altera pars* (Borges, 1996), usada pelas partes na participação no processo, em simétrico e equilibrado diálogo, na busca do convencimento do decididor, cada qual da sua razão.

O contraditório e a ampla defesa, nessa dimensão, organizam o procedimento e fazem concretamente justo o processo, do qual resultará um, só assim, legítimo provimento.

O princípio da inadmissibilidade do uso de provas obtidas por meio ilícito (proibição das provas ilícitas – art. 5º, LVI, da Constituição Federal) pontua que, no processo, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (Brasil, 1988).

Prova ilícita é a que em si mesma fere a ordem jurídica democrática, de direito, como por exemplo, o emprego da tortura para obtenção de confissão.

Mas mesmo uma prova que não seja em si ilícita na sua origem, e, portanto, aparentemente lícita, pode ter seu uso vedado no processo por derivação da proibição, se a matriz foi obtida de modo ilícito, bem como as que diretamente destas decorrerem, desde que influenciem no convencimento do julgador.

Essa garantia de inadmissão de provas ilícitas no processo replica-se como uma *garantia* das demais *garantias e direitos fundamentais*.

Desse modo, a liberdade de prova, que é a grande regra num *sistema de justiça* democrático, encontra um limite máximo de permissão exatamente na ilicitude da prova.

Essa a função primordial da vedação: tolher a liberdade desvirtuante. Assim, em proporcional contraponto com a liberdade de provar em juízo, estão a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da casa que é um lar; a honra e a intimidade e a vida privada; a inviolabilidade do sigilo bancário e fiscal e das correspondências e comunicações, etc.

Cabe às partes, no exercício do contraditório e da ampla defesa em cada caso, dialogarem com os juízos e tribunais nesse tocante, os quais, em respostas jurisdicionais, cada vez mais, delimitarão o âmbito de liberdade probatório possível, à luz, primordialmente, dos princípios constitucionais e de sua ponderação.

Não escapa ao princípio da publicidade preponderante dos atos do processo que a transparência das atividades do Estado Democrático de Direito é regra impostergável e se reflete no art. 93, IX, 2ª parte, da Constituição Federal, que, não obstante estar deslocado do seu art. 5º, ex vi dos seus §§ 1º e 2º (Brasil, 1988), é garantia de imediata aplicação.

Demais disso, o inciso LX do mesmo art. 5º a ratifica: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (Brasil, 1988).

Do mesmo modo que a liberdade de prova encontra um limite extremo no ordenamento constitucional, a publicidade só

se restringe em casos excepcionais. Sendo assim, o art. 189 do NCPD (Brasil, 2015) (tal qual o art. 155 do CPC/1973) (Brasil, 1973) é meramente exemplificativo, não esgotando todas as possibilidades de restrição, embora ofereça um bom norte a seguir.

Sendo desrespeitada a regra e havendo demonstração de prejuízo às partes, desde que não evidencie dano *in re ipsa*, o ato processual é sancionável com a nulidade, não gerando, de modo perene, seus ordinários efeitos.

De qualquer sorte, a presença das partes e seus advogados é assegurada nos atos processuais, bem como a exata informação quanto a estes, se praticados, nos casos permitidos, sem sua presença, sob pena de violação, ainda, do contraditório e da ampla defesa.

Do mesmo modo que o acesso à jurisdição, ou ao *sistema de justiça*, num Estado Democrático de Direito, é fundamental para o exercício da cidadania uma tempestiva prestação jurisdicional também o seja. E disso cuida o princípio da tempestiva, adequada e efetiva tutela jurisdicional (razoável duração e celeridade – CF, art. 5º, LXXVIII).

De nada adiantaria ter pleno acesso à jurisdição se esta, num prazo razoável, não desse uma decisão (resposta jurisdicional, nos julgamentos sem resolução de mérito); ou a tutela jurisdicional, nos julgamentos com resolução de mérito.¹²

Não se nega justiça apenas vedando ou dificultando sobremaneira o acesso à jurisdição, mas também se a nega quando as partes, seus advogados e a própria sociedade não são contemplados com uma decisão que lhes seja temporalmente útil.

Isso é o que visa preservar o art. 5º, LXXVIII, inserido na Constituição Federal pela Emenda nº 45/04 (Brasil, 2004). É imanente a prescrição de efetividade que decorre de tais

¹² Para distinção dos termos ora empregados, vide itens 28, 29, 31, 111, 115, 150, 168 e 169, para decisão (resposta jurisdicional, nos julgamentos sem resolução de mérito); e para o emprego do termo tutela jurisdicional, nos julgamentos com resolução de mérito, vide itens 19, 21, 23, 24, 26, 30, 31, 144 e 150, todos da obra de Caputo (2016).

princípios, afinal, “efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça” (Bedaque, 2006, p. 50).

Pelo princípio da motivação (CF, arts. 5º, LX, e 93, IX), vê-se que, embora não tenha o Estado-juiz liberdade absoluta para decidir (como não a tem o Estado-administrador nem mesmo o Estado-legislador),¹³ há uma grande margem para sua atuação, mormente em um ordenamento jurídico próprio de uma sociedade democrática, pluralista (o que reconhecido expressamente no Preâmbulo da Constituição) e complexa.

Nesse contexto, assume especial relevo a participação das partes legitimadas no processo, as quais, por meio de seu efetivo e permanente diálogo uma com a outra e ambas com o Estado-juiz, vão procurar colaborar na construção do provimento final (não obstante, em busca, cada qual, da prevalência de seus interesses).

O juiz não está vinculado a nenhuma hierarquia ou tipo de prova ou de alegação, seja de que parte for, mas não pode se desvincular delas no seu contexto, na medida de sua importância para o deslinde do litígio posto para apreciação jurisdicional (e nem mesmo o sistema de precedente vertical afasta tal assertiva, não só porque não se baseia na hierarquia, e sim num esquema de funcionalidade, como também porque sempre será possível ao juiz o *distinguishing*).¹⁴

O convencimento do juiz, assim, é relativamente livre, tendo de ser inicialmente externado para que as partes saibam do que ele foi ou não racional e argumentativamente (de acordo com as regras próprias do discurso jurídico permitidas pelo processo devido, justo ou constitucional – como se queira) convencido, e para que possam exercer sobre isso a fiscalidade democrática, tanto de validade como de legitimidade.

¹³ O que o ora autor, p. ex., nos itens 20, 21, 24 e 25 da mesma obra sua mencionada anteriormente, Caputo (2016) designa como regime de vinculação.

¹⁴ Veja-se a respeito os itens 23, 198, 375, 376, 390, 399 e 400 da mesma obra do ora autor anteriormente mencionada (Caputo, 2016).

Tudo isso, aliado à possibilidade de publicidade (tanto a externa, que é a regra, como a interna, das partes e seus advogados, que são indispensáveis à administração da justiça – Constituição Federal, art. 133, *caput*), permite a fiscalidade também da própria sociedade e ante o caráter normativo das decisões jurisdicionais, inclusive para referencial de comportamentos ulteriores. Conforme Bueno:

Não é despropositado, muito pelo contrário, referir-se ao princípio da motivação como uma forma de o magistrado 'prestar contas do exercício da sua função jurisdicional' ao jurisdicionado, aos demais juizes, a todos os participantes do processo e, mais importante – e como consequência inafastável -, a toda sociedade (Bueno, 2007, p. 128).

A motivação tornada pública, interna ou externamente, não é só, observe-se, uma garantia das partes e da sociedade, é uma garantia do Estado-jurisdição e da própria Magistratura (enquanto composta de agentes políticos encarregados da importantíssima missão de julgar), no sentido de, com isso, comungar tão grave responsabilidade com toda a comunidade. Fernandes esclarece:

[...] fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa (Fernandes, 2003, p. 129).

A motivação tem o condão de revelar aos olhos do mundo a imparcialidade, o uso legítimo da autoridade estatal e as im-

plicações dos atos do Estado-juiz para a vida da comunidade, desde as questões mais particulares, até as mais gerais.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, apregoa que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, albergando, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada (segurança jurídica) (Brasil, 1988).

A lei não prejudica, primeiro, retroagindo e fazendo cessar eventuais efeitos já sedimentados do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Segundo, não prejudica se mantido o equilíbrio entre as três proeminentes fontes de normatividade de todo o ordenamento jurídico: a lei, o contrato e a coisa julgada ou caso julgado (para lembrar a terminologia empregada na antiga LICC, hoje LINDB) (Brasil, 1942).

O direito, frise-se, não aspira ser estático, mas estável. A sociedade (o povo político-juridicamente organizado), aliás, aspira uma estabilidade que lhe permita viver de acordo com seus objetivos.

É indispensável que essa segurança, escolhida nas instâncias políticas plurais da democraticidade, manifeste-se juridicamente.

Essa é a justificação para predito art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo Marinoni:

O art. 5º, XXXVI, quando disse que 'a lei não prejudicará a coisa julgada', não quis dizer apenas que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas sim que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional. De outra parte, como escreve Luís Roberto Barroso, 'sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figurava como limite à retroatividade do julgado, a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória. É importante ressaltar que a circunstância de a legislação infraconstitucional

prever hipóteses em que a coisa julgada pode ser desconstituída não significa que a coisa julgada não esteja protegida pela Constituição. Os casos de ação rescisória, no processo civil brasileiro (art. 485, CPC), são plenamente legítimos, não configurando inconstitucionalidade' (Marinoni, 2008, p. 68-70).

Note-se que mesmo quando fora do art. 5º da Constituição Federal, esparsos no seu texto, os princípios suso elencados não perdem sua coextensão e unidade complexa, até mesmo por força do § 2º do mesmo artigo.

Essa unidade em *si* tem reflexos até para a terminologia a ser empregada, como explica Bueno:

[...] não obstante reconhecendo – nem poderia ser diferente – o amplo emprego das expressões acima destacadas pela doutrina em geral [processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar], este *Curso* não as utilizará. Mesmo que o Código de Processo Civil seja dividido em 'Livros', os três primeiros voltados a disciplinar um 'tipo' de 'processo' (conhecimento, execução e cautelar, respectivamente), parece ser mais correto, à luz do 'modelo constitucional do processo civil', que, no particular, tem sido muito bem implementado pelas profundas transformações legislativas pelas quais vem passando o Código de Processo Civil nos últimos 15 (quinze) anos, empregar a palavra 'processo', sem adjetivações. O que aceita eventuais qualificativos é a atividade jurisdicional que o autor pede seja prestada em cada caso concreto – é a atuação jurisdicional que justifica o 'processo', o 'atuar processualizado' do Estado-juiz -, mas isto, vale a ênfase, não transmuda a natureza, o tipo, a classe, a espécie do processo. Ele continua a ser processo, só 'processo' (Bueno, 2007, p. 379-380).

No mesmo passo Bedaque:

Em última análise, portanto, a classificação da ação e do processo é feita em função da tutela pleiteada pelo autor. Segundo construção tradicional, a tutela jurisdicional pode ser classificada em *cognitiva* (declaratória, constitutiva e con-

denatória), *satisfativa* ou *executiva* e cautelar. Diante dessas considerações, ao classificar a tutela jurisdicional chega-se, consequentemente, à classificação da ação e do processo. Em última análise, a modalidade de tutela determina o tipo de ação e de processo (Bedaque, 2006, p. 508-509).

De um extremo a outro do ordenamento jurídico, ou seja, do "momento legislativo" ao "momento jurisprudencial do direito", na sua "relação lógica" (Grau, 2006, p. 70), interpõe-se o processo com toda a sua carga principiológica-constitucional e a sua intrincada implicação: jurisdição - ação - processo - caso julgado.

"O [Estado-] juiz [...] passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa" (Bueno, 2007, p. 78), e o processo assume extrema relevância nesse contexto.

Do papel concretizador de todo o direito, e que tem lugar no processo, resulta o caso julgado ou coisa julgada, como ponto final da busca estável por segurança jurídica, e o processo, desse modo, só pode ser qualificado de devido, ou justo, num Estado Democrático de Direito, se fizer atender todos aqueles princípios legitimadores do ato de decidir.

Não é difícil ver que a pedra de toque do modelo constitucional do processo, referenciado pela permanente necessidade de democratização, é a participação isonômica para a construção do provimento final, o que só poderá ser aquilatado pela motivação que conduza à sua parte dispositiva reveladora e delimitadora da norma concreta ou norma de decisão (Oliveira, 2010, p. 2), tudo passando a ser, assim, exigência de aptidão à coisa julgada não só formalmente válida, mas legítima.

Essa legitimação *processual*, a qual só se dá por meio do processo justo ou devido, é que é o verdadeiro sustentáculo da coisa julgada, ou caso julgado (nos termos, ainda, da LINDB) (Brasil, 1942).

5 CONCLUSÃO: CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A APLICAÇÃO DAS NORMAS E REGRAS PROCESSUAIS-PROCEDIMENTAIS - MEIO DE CONSOLIDAÇÃO DA NOVA *TEORIA PROCESSUAL*

Principalmente depois do julgamento do Plenário do STF no RE 579.951-RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, como renunciado, registre-se, na ADC 12 MC, Rel. Ministro Ayres Britto, (Brasil, 2008a, 2006), é inegável reconhecer-se, na atividade jurisdicional brasileira, o caráter normativo dos princípios constitucionais (como visto no item 1, inicialmente em dois flancos do seu campo de incidência: o do legislador-negativo e o da vetorização das demais normas e regras e de todo o ordenamento político-jurídico).

Tanto assim é que, mesmo se tendo como norte a Súmula Vinculante nº 13 do STF (Brasil, 2008b), a sua jurisprudência posterior é pródiga¹⁵ em apontar que os princípios constitucionais do art. 37 da CF/88, notadamente a impessoalidade e probidade, são normas que comportam outras tantas situações concretas que não só aquelas indicadas nas mencionadas decisões primevas.

Inserem-se, assim, antes de tudo, no âmbito da definição do que sejam “normas processuais”, os princípios constitucionais acima alinhavados e, depois, por eles vetorizados, as demais normas e regras processuais-procedimentais infraconstitucionais.

Essas, ainda, devem ser balizadas na sua aplicação por outras disposições específicas previstas nos tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja

¹⁵ Dentre outros, veja-se, no STF, os julgamentos da Rcl 6.650 MC-AgR (Brasil, 2008c), Rcl 6.702 MC-AgR (Brasil, 2009a), Rcl 6.938 MC (Brasil, 2011a), Rcl 9.013 (Brasil, 2011b), Rcl 12.478 MC (Brasil, 2011c), Rcl 12.742 MC (Brasil, 2012a), MS 28.434 (Brasil, 2009b), MS 24.020 (Brasil, 2012b), RE 423.560 (Brasil, 2012c), Rcl 14.223 (Brasil, 2012d), Rcl 14.549 MC (Brasil, 2012e), Rcl 14.316 MC (Brasil, 2012f), Rcl 14.497 MC (Brasil, 2012g), ADI 3.745 (Brasil, 2013a), ADI 1.521 (Brasil, 2013b), Rcl 16.363 MC (Brasil, 2013c), MS 31.697 (Brasil, 2014a), Rcl 15.451 (Brasil, 2014b), Rcl 16.924 (Brasil, 2014c).

parte (CPC, art. 13), isso quando estas já não tiverem conteúdos passíveis, por si sós, de aplicação em casos concretos.

É o que se deu, por exemplo, no caso da prisão civil por dívidas, por força de ser o Brasil signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos "Pacto de San José da Costa Rica", de 1969, conforme os julgamentos do STF no RE 466.343, Plenário, Rel. Ministro Cezar Peluso, destacando-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, neste sentido) (Brasil, 2009c) e no HC 95.967 (Brasil, 2008d). Enfim,

[...] independentemente da orientação que se venha a adotar (supralegalidade ou natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos), a conclusão será, sempre, uma só: a de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil nas hipóteses de infidelidade depositária, cuide-se de depósito voluntário (convencional) ou trate-se, como na espécie, de depósito judicial, que é modalidade de depósito necessário (Brasil, 2013d).

Sem se reconhecer, pois, o caráter normativo dos princípios constitucionais do processo, não se consegue uma efetiva operacionalização no sistema constitucional de justiça e no sistema constitucional de processo estruturados constitucionalmente.

E, em o reconhecendo, na esteira do que profligou o eminente STF, com apoio na melhor doutrina, tal normatividade, reconhecida e aplicada em cada caso concreto, é dado não só voltado para toda a comunidade e operadores do direito num Estado Constitucional/Democrático, mas especialmente ao Estado-Juiz, este enquanto elo indispensável na cadeia de produção normativa, a qual igualmente se encerra no mesmo percurso traçado pelas mencionadas sincategorias (jurisdição - ação - processo - caso julgado) fundantes de uma teoria processual de bases constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Tradução de Desidério Murcho et al. Consultoria de Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>. Acesso em: 17 fev. 2025.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98,

99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*: Seção 1, Brasília, DF, 31.12.2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. Antônio Manoel Bandeira Cardoso. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 91, p. 135 e ss., jul./set./1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.020. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 6 mar. 2012. *Diário de Justiça*: 13 jun. 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2174134>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 28.434. Relator: Min. Dias Toffoli, 18 nov. 2009. *Diário de Justiça*: 16 fev. 2009b. Disponível em: <https://jurisprudencia>.

stf.jus.br/pages/search/despacho122566/false. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6.938 MC. Medida Cautelar na Reclamação. Alegação de descumprimento da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. Indeferimento da medida liminar em relação ao cargo de natureza política e deferimento nos de natureza administrativa. Precedentes. Vista ao Procurador-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 22 ago. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*: 2 set. 2011a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=42804056&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 9.013. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 set. 2011. *Diário de Justiça*: 26 set. 2011b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=44839509&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 12.478 MC. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 3 nov. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*: 8 nov. 2011c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=47532994&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 12.742 MC. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 dez. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*: 1º fev. 2012a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=50082555&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 14.223. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 27 set. 2012d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=50082555&ext=.pdf>.

br/processos/downloadPeca.asp?id=100866306&ext=.pdf.
Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 14.316 MC. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 15 out. 2012f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=101833590&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 14.497 MC. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 11 out. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 19 out. 2012g. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=106835500&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 14.549 MC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 set. 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 2 out. 2012e. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=101794356&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 15.451 AgR. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 fev. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*: 3 abr. 2014b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569813>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 16.363 MC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 30 set. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*: 3 out. 2013c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=174006087&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). *Reclamação 16.924*. Reclamação. Servidor público efetivo. Indicação para exercer cargo em comissão. relação de paren-

tesco com servidor não efetivo do mesmo órgão. Nepotismo. Alegação de afronta ao enunciado da Súmula Vinculante nº 13. Relator: Min. Luiz Fux, 12 fev. 2014c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=200698470&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. *Diário de Justiça Eletrônico*: n. 162, 29 ago. 2008b, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 MC. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar. Relator: Min. Carlos Britto, 16 fev. 2006. *Diário de Justiça*: 1º set. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.521. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda Constitucional 12/1995 do Estado do Rio Grande do Sul. Caracterização dos cargos em comissão. Proibição da prática de nepotismo. ADI julgada parcialmente procedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 jun. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*: 13 ago. 2013b. Disponível

em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630021>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.922 MC. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao § 2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o caput do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias posteriores. Relator: Min. Moreira Alves, 6 out. 1999a. *Diário de Justiça*: 24 nov. 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347333>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976 MC. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao § 2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o caput do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias posteriores. Relator: Min. Moreira Alves, 6 out. 1999. *Diário de Justiça*: 24 nov. 1999b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347360>. Acesso em: 31 ago. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.745. Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 maio 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*: 1º ago. 2013a. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4154641>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 6.650 MC-AgR. Agravo Regimental em Medida Cautelar em reclamação. Nomeação de irmão de Governador de Estado. Cargo de secretário de estado. Nepotismo. Súmula Vinculante nº 13. Relatora: Min. Ellen Gracie, 16 out. 2008c. *Diário de Justiça Eletrônico*: 21 nov. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563349>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação 6.702 MC-AgR. Agravo Regimental em Reclamação Constitucional. Denegação de liminar. Ato decisório contrário à Súmula vinculante 13 do STF. Nepotismo. Nomeação para o exercício do cargo de conselheiro do tribunal de contas do estado do Paraná. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 mar. 2009a. *Diário de Justiça Eletrônico*: 30 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590425>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 466.343. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 dez. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*: 5 jun. 2009c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 579.951 RG. Constitucional. Nepotismo. Princípio da moralidade. Necessidade de lei em sentido formal. Existência de repercussão geral. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 abr. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*: 16 maio 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>

paginador.jsp?docTP=AC&docID=527725. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Mandado de Segurança 31.697. Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Competência reconhecida para fiscalizar os princípios que regem a Administração Pública, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal. Cessão de servidor público. Ausência dos pressupostos legais objetivos. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 mar. 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*: 2 abr. 2014a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568219>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 90.983. *Habeas Corpus*. Denegação de medida liminar. Súmula 691/STF. Situações excepcionais que afastam a restrição sumular. Prisão civil. Relator: Min. Celso de Mello, 23 set. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*: 13 maio 2013d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=139137982&ext=.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 95.967. Direito Processual. *Habeas corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 nov. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*: 28 nov. 2008d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 423.560. Direito Constitucional e Administrativo. Licitação e contratação pela administração pública municipal. Lei Orgânica do Município de Brumadinho-MG. Vedação de contratação com o município de parentes do prefeito, vi-

ce-prefeito, vereadores e ocupantes de cargos em comissão. Constitucionalidade. Competência suplementar dos municípios. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 29 maio 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*: 19 jun. 2012c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193445>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Código de Processo Civil articulado*. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPANHA. *Constituição (1978)*. Constitución Española. Disponível em: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf. Acesso em: 31 ago. 2024.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF*

sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Coleção Temas Jurídicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. Aula Magna de encerramento de ano letivo, 2008. Poços de Caldas: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>. Acesso em: 31 ago. 2024.

200
anos



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

THE CONSTITUCIONALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE HEALTH IN BRAZILIAN CONSTITUTION

Renato Luís Dresch¹
Róscio Corrêa Monteiro²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a evolução histórica da constitucionalização do direito à saúde, em especial seu tratamento no ordenamento brasileiro, tomando por ponto de partida a organização social e a inserção do tema “saúde” como política pública até sua garantia como direito fundamental universalizado. Adota-se uma análise geral da origem do direito à saúde como direito individual, com sua evolução como garantia trabalhista, social e, então, ao final, como direito fundamental, tudo à luz das mudanças constitucionais nesses 200 anos do constitucionalismo brasileiro. Como metodologia, realiza-se uma análise comparativa dos textos constitucionais desde a Constituição Imperial de 1924 até a Constituição Cidadã de 1988.

Palavras chave: Direito Constitucional; direito à saúde; evolução histórica; desenvolvimento; constitucionalização.

ABSTRACT

This article aims to present the historical evolution of the constitutionalization of the Right to Health, in particular its treatment

¹ Mestre em Direito Processual Civil, especialista em Direito da Saúde, professor da Faculdade Arnaldo Janssen, desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). *E-mail:* dresch.renato@gmail.com.

² Especialista em Direito Público, assessor judiciário. *E-mail:* rosciocm@gmail.com.

in the Brazilian legal system, taking as a starting point social organization and the insertion of the topic “health” as a public policy until its guarantee as a fundamental and universalized right. A general analysis is adopted since the origin of the right to health as an individual right, throughout its evolution as a labor and social guarantee and, then, in the end, as a fundamental right, all under the constitutional changes in these 200 years of Brazilian constitutionalism. As a methodology, a comparative analysis of constitutional texts is carried out from the Imperial Constitution of 1924 to the Constitution of 1988.

Keywords: Constitutional Rights; health rights; historical evolution; development; constitutionalization.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

Registros antropológicos trazem elementos de que, desde os primórdios, o ser humano busca medidas para a preservação da vida (Harari, 2018),³ embora inicialmente as medidas de proteção à saúde consistissem apenas em atos rudimentares, limitados à exploração de recursos oferecidos pela própria natureza.

No segundo momento, a partir da organização da sociedade, eram realizados procedimentos médicos pelos denominados “barbeiros cirurgiões”, com atuação clínica mais limitada a prescrições de produtos medicamentosos singulares e à realização de procedimentos rudimentares (Gordon, 1988).⁴

Numa terceira fase, a atenção à saúde passou a ser tratada dentro de uma concepção de polícia médica, com a adoção de medidas coercitivas de proteção, para a medicina social, com uma proteção mais organizada e humanizada (Rosen, 1980).

³ Na obra *Uma breve história da humanidade* - Sapiens, Harari traz elementos importantes sobre a evolução da humanidade.

⁴ Na obra *O Físico*, Gordon retrata a medicina incipiente e o trabalho que era realizado pelos barbeiros cirurgiões.

Na fase contemporânea, a saúde está concebida como direito humano fundamental social.

Em 1978, a Declaração de Alma-Ata ressaltou a necessidade de promover ações, em nível internacional e nacional, direcionadas aos cuidados primários da saúde, em âmbito global, por cooperação técnica principalmente com os países em desenvolvimento. No documento referido, consignou-se que a saúde deve ser considerada como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade” (Brasil, 1978) e, nesse sentido, trata-se de direito humano fundamental que exige ações de setores sociais e econômicos para implementar tal direito, desde a promoção dos cuidados primários de saúde até a implementação de políticas, estratégias e planos de ação.

Enfatizou-se, ainda, a “necessidade de ação urgente de todos os governos, de todos os que trabalham nos campos da saúde e do desenvolvimento e da comunidade mundial para promover a saúde de todos os povos do mundo” (Brasil, 1978), em caráter cooperativo entre os países e com aplicação de recursos econômicos mundiais.

Nesse propósito, o texto proclama governos, a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Unicef, organizações internacionais e governamentais e demais entidades a “apoiar um compromisso nacional e internacional para com os cuidados primários de saúde e a canalizar maior volume de apoio técnico e financeiro para esse fim, particularmente nos países em desenvolvimento” (Brasil, 1978).

O prefácio da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) incorpora a conceituação da Carta de Alma-Ata de que saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946).⁵

⁵ Tradução livre do original: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” (OMS, 1946).

Inspirada na 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS, 1986), a Constituição Federal Brasileira de 1988 positivou a saúde, elevando-a à condição de direito humano fundamental social (CF, art. 6º), atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), incumbindo a estes últimos, especialmente, a atribuição de prestador dos serviços de saúde para a população (CF, art. 30, VII) (Brasil, 1988).

Inseriu-se, no texto constitucional, o compromisso de assegurar saúde a toda a população, reconhecendo-a como direito de todos e dever do Estado na concretização de acesso universal e igualitário de acordo com políticas sociais e econômicas (CF, art. 196), dentro de uma diretriz de integralidade, concretizado numa rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços, com prioridade para as ações preventivas (CF, art. 198) (Brasil, 1988).

Feita essa contextualização, cabe focar no fundamento que originou a elaboração deste artigo, qual seja os 200 (duzentos) anos do constitucionalismo brasileiro, que justifica pequena digressão histórica do direito à saúde no Brasil.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

No século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil, iniciou-se a trajetória da saúde pública no Brasil, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro.

Em 1808, foi criada, na Bahia, a Escola de Cirurgia e, no ano de 1809, foi criada, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, que foi seguida pela medicina operatória.

No início do século XX, foram realizadas campanhas para o controle de doenças epidêmicas, que culminaram na erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro, quando Oswaldo Cruz organizou a diretoria geral de saúde pública.⁶

⁶ No ano de 1904, eclodiu, no Rio de Janeiro, a "Revolta da Vacina", caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público no que concerne à obrigatoriedade da vacinação proposta por Oswaldo Cruz (Sociedade [...], 2003).

Nessa época, contudo, não havia ações públicas curativas, senão aquelas reservadas aos serviços privados e à caridade, como as Santas Casas de Saúde.

Somente a partir da década de 1930, houve a estruturação da saúde pública brasileira, que passou a realizar também ações curativas. Nessa época, foram criados os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), que prestavam atendimento extremamente limitado, ainda longe do princípio da universalização.

Sob o regime militar iniciado em 1964, os IAPs foram unificados, criando-se o INPS, vinculando o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, cujo atendimento contemplava apenas o trabalhador urbano formal. Assim, grande contingente da população brasileira que não integrava o mercado formal de trabalho, ficava à margem da saúde pública e dependendo, por isso, da caridade (Barroso, 2009).

Somente a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde pública efetivamente foi contemplada como um direito social fundamental do cidadão.

3 A REGULAÇÃO DA SAÚDE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição do Império de 1824 e as Constituições Republicanas do Brasil de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, além da Emenda Constitucional nº 01/1969, não tiveram grande preocupação em regular a saúde pública, atribuindo à matéria natureza meramente securitária e assistencial, como se verá.

3.1 A Constituição Imperial

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, tratava, em sua maior parte, da organização do Estado e dos poderes, cuidando muito pouco dos direitos individuais e

fazendo-o apenas em seu Título 8º – último daquela Carta – em 6 (seis) artigos, entre o art. 173 e o art. 179. Dentre eles apenas o art. 178, *caput*, e o art. 179, XXXI, se destacam no germe da proteção a algum direito rudimentar à saúde:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos (Campanhole, A.; Campanhole, H., 1999, p. 831-834).

O texto, no entanto, nem sequer menciona a saúde como direito e menos ainda como dever do Estado.

3.2 As primeiras Constituições Republicanas

Em linha semelhante, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, apenas enunciava direitos individuais – liberdade, segurança individual e propriedade – embora tivesse margem para a incorporação de outros direitos, na forma do art. 78.

Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição, não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna (Brasil, 1891).

Ao tempo, ainda se preconizavam os direitos de primeira geração, ligados aos ideais da Revolução Francesa das liberdades individuais, sem grandes preocupações com a dimensão social (Bonavides, 1998, p. 516-518).

Como sabido, os direitos sociais passaram a ser constitucionalizados apenas com a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919.

Isso se refletiu na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que instituiu título específico "Da ordem econômica e social". Nela, previu-se que a ordem econômica seria organizada "conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional", de modo que possibilitasse "a todos existência digna" (art. 115) (Brasil, 1934).

Também se anunciou garantia, por meio da legislação do trabalho, da melhoria das condições do trabalhador por meio de "assistência médica e sanitária" e previdência (art. 121, § 1º, h) (Brasil, 1934).

O texto constitucional avançou, igualmente, ao distribuir obrigações entre União, Estados e Municípios (art. 138) com os fins de:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando serviços sociais; [...] c) amparar a maternidade e a infância; [...] f) adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação de doenças transmissíveis; g) cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes (sic) (Brasil, 1934).

Isso foi de importante contribuição, com atribuição do comando à União de competência para organizar o serviço nacional de combate às grandes endemias, "cabendo-lhe o custeio, a direcção technica e administrativa das zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais" (art. 140) (Brasil, 1934).

A Carta de 1937, por sua vez, pouco dedicou ao tema da saúde, mantendo a assistência somente no âmbito das garantias trabalhistas (art. 137, h) (Brasil, 1937).

Quanto à organização do Estado, atribuiu privativamente ao campo da União "legislar sobre [...] normas fundamentais

da defesa e da proteção da saúde, especialmente saúde das crianças" (art. 16, XXVII), conquanto outorgando aos Estados competência para suplementar a lei nacional "para suprir-lhe deficiências ou atender às peculiaridades locais [...] ou, em não havendo lei federal e até que esta os regule", especialmente sobre "assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais" (art. 18, c) (Brasil, 1937).

Com a Constituição de 18 de setembro de 1946, foram mantidos os direitos à saúde relacionados à relação de trabalho, especialmente no Título V, "Da ordem econômica e social", que enunciou, no art. 157, a "assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante" (inciso XIV), bem como previdenciária "em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte" (inciso XVI) (Brasil, 1946).

Àquele tempo, competia à União legislar sobre normas gerais de proteção à saúde (art. 5º, XV, b), permitida a atuação supletiva ou complementar dos Estados (art. 6º) e discretamente garantida a atuação em âmbito municipal para "organização dos serviços públicos locais" (art. 28, II, b) (Brasil, 1946).

Com as sucessivas emendas constitucionais, sobretudo a partir da ruptura de 1964, não houve alteração relevante na disciplina da saúde; nem os Atos Institucionais (de nº 01 a nº 04) o fizeram (Brasil, 1946).

A Carta de 1967 incumbiu à União competência para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde (art. 8º, XIV), validando tanto a competência legislativa para normas gerais de proteção da saúde (inciso XVII, c), quanto a competência supletiva dos Estados (§ 2º). Previu, porém, expressamente, a competência residual dos Estados (art. 13, § 1º) e reforçou a autonomia municipal (art. 15, II, b) quanto aos serviços públicos (Brasil, 1967).

Todavia, em nada avançou quanto à enunciação do direito à saúde, garantindo-o, mais uma vez, apenas no campo das relações de trabalho (art. 158, XV e XVI). Apesar disso,

vinculou a prestação dos serviços de assistência ou previdência à indicação de fonte de custeio (§ 1º) (Brasil, 1967).

3.3 A Constituição de 1988

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi efetivamente elevado de categoria, sendo reconhecido como um direito humano social fundamental, assegurado a todos, com acesso universal, igualitário e com atendimento integral (Brasil, 1988).

Embora saúde tenha regulação própria, o título VIII da Constituição Brasileira, que trata da ordem social, também trata a saúde como parte integrante da seguridade social, em conjunto com a previdência e a assistência sociais.

Nesse sentido, enunciou-se:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (Brasil, 1988).

O texto constitucional de 1988 é um marco histórico, que ampliou a garantia do direito à saúde, porque não se limitou a elevar a saúde à condição de um direito de todos e dever do Estado.

O texto constitucional passou a assegurar expressamente a saúde como direito de todos e dever seu acesso, com a garantia de acesso universal e igualitário à saúde de acordo com políticas sociais e econômicas (art. 196), tudo realizado dentro de uma rede regionalizada e hierarquizada, numa diretriz de integralidade, priorizadas as atividades preventivas (art. 198, II). Instituiu-se uma responsabilidade comum da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pela implementação do Sistema Único do Saúde, de acordo com Leis Complementares de cooperação (art. 23, II e parágrafo único), atribuindo aos Municípios a condição de executor direto dos serviços de atendimento à saúde da população, embora

impondo à União e ao Estado a cooperação técnica e financeira (art. 30, VII) (Brasil, 1988).

Com a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, o antigo INAMPS, operada pela Lei nº 8.689/1993, houve a descentralização e a municipalização da assistência médica e farmacológica do Brasil, com a transferência dos seus encargos para estados e municípios.

No novo regime constitucional, a saúde pública passou a situar-se ao lado da educação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância, e da assistência aos desamparados.

A saúde tornou-se um direito público subjetivo, com garantia de acesso a qualquer pessoa, independentemente de nacionalidade, classe social ou condição financeira, como se extrai dos artigos 196, 197 e 198 da Lei Maior (Brasil, 1988).

4 DESDOBRAMENTOS DA GARANTIA DE ACESSO À SAÚDE

Após a entrada em vigor da Constituição Federal, foi editada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) (Brasil, 1990a), que estrutura o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento.

Também foi editada a Lei nº 8.142/1990 (Brasil, 1990b), que disciplina a participação da comunidade na gestão do SUS e estabelece regras de transferências intergovernamentais.

O artigo 2º da Lei nº 8.080/1990 reafirma a saúde como um direito fundamental do ser humano e impõe ao Estado a necessidade de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (Brasil, 1990a).

Dessarte, tanto a norma constitucional como as infraconstitucionais preconizam a universalidade, a integralidade e a igualdade da saúde pública, de modo que qualquer ação ou serviço de saúde pode ser pleiteado junto ao Sistema Único de Saúde.

A Emenda Constitucional nº 29/2000 veio regulamentar o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, alterando o art. 77

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e especificando as regras de financiamento, firmando recursos mínimos destinado à saúde pública (Brasil, 1988).

Depois disso, foi editada a Lei Complementar nº 141/2012, com o fim de regulamentar os valores mínimos destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios ao custeio das ações e serviços públicos de saúde. No mesmo sentido, determinou os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo (Brasil, 2012).

4.1 Da universalidade de acesso e da integralidade de atendimento

A Constituição Federal consagrou a universalidade de acesso e a integralidade de atendimento em saúde (CF, art. 196 e 198) (Brasil, 1988). Nesse sentido, José Afonso da Silva (2007, p. 767) leciona que a igualdade da saúde visa ao atendimento a todos, “independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais”.

Como a saúde é um direito social fundamental, não cabem distinções de classe social quanto ao seu acesso, ou, como também acentua José Felipe Ledur:

Os direitos sociais reconhecidos no art. 6º formulados em termos gerais, em nível de princípios, e pertencerem as pessoas como membros da comunidade política e jurídica, eles se dirigem a todos, ou seja, não correspondem a uma categoria específica de titulares de direitos fundamentais (Ledur, 2009, p. 82).

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 215) acentua que a Constituição Federal atribui a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa, inclusive ao estrangeiro.

Gilmar de Assis (2013, p. 87), Promotor de Justiça de Minas Gerais, empenhado profissionalmente na melhoria da saúde pública, pondera que “eventual interpretação judicial

restritiva do princípio constitucional da universalidade do acesso a ações e serviços de saúde é inconstitucional", sob o entendimento de que se encontra atado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

À expressão "acesso igualitário" deve ser dada a interpretação mais ampla possível, a fim de garantir efetivo acesso à saúde, preventiva e curativa, a todos, sem privilégio nem discriminações pelos critérios de renda, origem ou nacionalidade.

Embora se deva admitir que, na igualdade de acesso, deva ser ponderada a equidade, tratando-se de saúde pública, não há como incluir o ingrediente da renda como condicionante ao seu acesso, devendo ser oferecidas condições de tratamento em igualdade para todos. As diferenças geográficas e regionais podem até criar certas barreiras, mas isso não pode impedir o acesso universal e igualitário.

Dessarte, a expressão "acesso igualitário" deve ser interpretada de modo o mais amplo possível, com a finalidade de garantir efetivo acesso à saúde, preventiva ou curativa, a todos, sem privilégio ou discriminação, vedada a instituição de políticas públicas baseadas no critério da hipossuficiência econômica, ou seja, deve ser assegurado o tratamento isonômico tanto ao pobre, quanto ao rico.

A integralidade é tratada, na Constituição Federal (art. 198, II) (Brasil, 1988), como uma diretriz de organização do Sistema Único, elevado no art. 7º, I, da Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 1990a) à categoria de princípio orientador do SUS.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 245), defende, equivocadamente, que a saúde pública se destina aos pobres, com a ponderação de que somente as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito, beneficiando ricos e pobres.

A diretriz de integralidade, tomada sob a ótica legal e institucional é, nos dizeres de Pinheiro (2008, p. 256), "concebida como um conjunto articulado de ações e serviços

de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema”.

Por sua vez, Daniels (2017) explica que a integralidade impõe que sejam dadas à população oportunidades iguais de tratamento das doenças quando elas ocorrem, reduzindo os riscos de doenças e de incapacidade antes que ocorram e distribuindo os riscos de maneira equitativa. Isso implica dizer que deve se dar a toda a população uma gama razoável de serviços que promovam e restaurem o funcionamento normal, sem negligenciar medidas preventivas em favor de medidas curativas.⁷

A integralidade contempla a promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização de tratamentos individuais, contudo prioriza as atividades preventivas. Ao usuário também deve ser assegurado o acesso a produtos eventualmente não contemplados nas políticas públicas gerais, desde que provada a necessidade peculiar de produto ou procedimento diferenciado e demonstrada a evidência científica da eficácia, eficiência e segurança.

Exige-se, igualmente, prova de que os produtos oferecidos pela saúde pública são ineficazes para o tratamento da enfermidade específica daquele usuário individual.

Sobre a prevalência do tratamento oferecido pelo SUS, na ponderação da integralidade, Gilmar Mendes, Ministro do STF, acentuou, em seu voto, ao julgar Suspensão de Tutela Antecipada (STA 175 AgR/CE) (Brasil, 2010), que, “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”, de modo que cabe ao usuário o ônus da prova da ineficácia do tratamento oferecido pelo SUS.

⁷ Tradução própria: “justice requires that we protect people's shares of the normal opportunity range by treating illness when it occurs, by reducing the risk of disease and disability before they occur, and by distributing those risks equitably. Within the medical system, this means we must give all people access to a reasonable array of services that promote and restore normal functioning and we must not neglect preventive measures in favor of curative ones” (Daniels, 2017).

Embora se deva admitir, como afirma Santos (2010, p. 166), que “o direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatória e fiar sob a total independência do cidadão”, não há como negar que, em casos especiais, quando as terapias disponibilizadas pelos serviços de saúde sejam ineficazes, permita-se o acesso a terapias não incorporadas, desde que reconhecida pela medicina baseada em evidência.

4.2 Responsabilidade orçamentária dos entes

É igualmente da Constituição Federal de 1988 a imposição de responsabilidade institucional ou sistêmica, comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CF, art. 23, II) (Brasil, 1988).

E para o alcance de suas finalidades, a Constituição Federal orienta a organização da saúde pública brasileira numa rede regionalizada e hierarquizada, constituída de um sistema único, mas organizado de forma descentralizada, com direção única “em cada esfera de governo”, financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A legislação brasileira também parametriza os recursos mínimos que devem ser aplicados nos serviços de saúde.

Aos estados-membros e ao Distrito Federal⁸ é imposta a aplicação em saúde de recursos mínimos de 12% (doze por cento), e aos municípios de 15% (quinze por cento), enquanto a União não tem percentual mínimo de gastos com saúde. Contudo, seus gastos se sujeitam à variação do PIB, com a instituição da cláusula de não regresso de modo a impedir a redução nominal dos gastos (ADCT, art. 77 [Brasil, 1988], e LC n° 141/2012, arts. 5°, 6° e 7° [Brasil, 2012]).

⁸ Nunca é demais lembrar que, na federação brasileira, o Distrito Federal condensa competências dos Estados-membros e dos Municípios.

5 DO TRATAMENTO JUDICIAL DA QUESTÃO

Todas as garantias de acesso e tratamento à saúde contempladas na Constituição Federal de 1988 foram reafirmadas, tanto na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), assim como na Lei Complementar nº 141/2012, que regula o seu financiamento.

Desse modo, a saúde constitui garantia constitucional de eficácia concreta que exige uma prestação positiva do "Estado" e da sociedade (Ledur, 2009, p. 89), mas sempre na forma da lei.

O precedente jurisprudencial precursor reconhecendo o direito à saúde como direito humano fundamental social como norma de efeito concreto e eficácia plena foi proferido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286.8/RS, em 19.12.2000, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (Brasil, 2006).

Sobre o tema saúde o STF proferiu alguns julgados repetitivos, com efeito vinculante. Os julgados mais recentes são o RE nº 1.366.243/SC, de 13.09.2024, (Tema 1.234), no qual o STF definiu regras orientativas da responsabilidade dos entes públicos para o fornecimento de medicamentos de modo a orientar eventuais julgamentos na judicialização da saúde, tratando tanto das competências materiais como jurisdicionais.

No dia 16.09.2024, o STF também realizou o julgamento do RE 566.471 (Tema 06), que orienta no sentido de atenção ao princípio da deferência aos órgãos de regulação. Concluiu-se

que, em regra, o acesso a medicamentos deve ocorrer dentro das políticas públicas, de modo a determinar maior racionalidade nas decisões judiciais, com deferência aos atos administrativos comissivos ou omissivos dos órgãos de regulação.

A proposta e o espaço deste trabalho não permitem uma análise mais aprofundada sobre os julgados, merecendo ser lembrados pela relevância que esses precedentes representam porque partem de um exame dos limites constitucionais.

6 CONCLUSÃO

Como visto, nos últimos 200 (duzentos) anos do constitucionalismo brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988, a evolução do direito à saúde foi enorme. Passamos do direito individual à vida à saúde como direito humano fundamental social de eficácia plena de efeito concreto. Portanto, o acesso à saúde no Brasil constitui direito público subjetivo e concreto para todas as pessoas, oponível ao próprio Estado, a quem incumbe assegurá-lo na forma da lei, dentro dos princípios de universalidade e igualdade de acesso, numa diretriz de integralidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Gilmar de. SUS para todos: breves reflexões jurídico-sociais: avanços e desafios. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES Jr., Jarbas; ASSIS, Gilmar de (coord.). *Saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, v. 9, n. 34, p. 11-43, abr./jun., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/items/12128219-ce4f-4d3d-a891-dfb616b83227>. Acesso em: 28 set. 2024.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 28 set 2024.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. *Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. 1990a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. *Lei n° 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. *Lei Complementar n° 141/2012, de 13 de janeiro de 2012*. Regulamenta o § 3° do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). *8ª Conferência Nacional de Saúde*. 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 27 de set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). *Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde, de 12 de setembro de 1978*. Ministério da Saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 26 de set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175*. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176416/false>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nº 393.175 no Recurso Extraordinário nº 271.286.8 - AgR/RS*. Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros(as). Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92497/false>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Tema 1.234. Legitimidade passiva da união e competência da justiça federal nas demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados no SUS. Necessidade de ampliação do diálogo, dada a complexidade do tema, desde o custeio até a compensação financeira entre os entes federativos. Requerente: Estado de Santa Catarina. Requeridos: Roger Henrique Testa, União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 16 set. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur514534/false>. Acesso em: 28 set. 2024.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de saúde*. Brasília: CNS, 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 28 set. 2024.

DANIELS, Norman. *Justice and access to health care*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/justice-healthcareaccess/>. Acesso em: 28 set. 2024.

GORDON, Noah. *O físico: a epopeia de um médico medieval*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1988.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 32. ed. Porto Alegre: L & PM Editores, 2018.

LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OMS. Organização Mundial da Saúde. *Constituição da OMS*. Nova Iorque: Conferência Internacional de Saúde, 1946. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 de set. 2024.

PINHEIRO, Roseni. Integralidade. In: PEREIRA, Isabel Brasil; LIMA, Júlio César França. *Dicionário da educação profissional em saúde*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/l43.pdf>. Acesso em: 28 set. 2024.

ROSEN, George. *Da polícia médica à Medicina Social*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições: o que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. Uma revolta popular contra a vacinação. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252003000100032. Acesso em: 25 set. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

200
años



DIREITO CONSTITUCIONAL E A ERA DIGITAL: O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO RESPOSTA ÀS DEMANDAS DA SOCIEDADE 4.0

CONSTITUTIONAL LAW AND THE DIGITAL ERA: DIGITAL CONSTITUTIONALISM AS A RESPONSE TO THE DEMANDS OF SOCIETY 4.0

Rodrigo Martins Faria¹

RESUMO

O presente artigo analisa os impactos da transformação digital sobre o Direito Constitucional, explorando o modelo do constitucionalismo digital e a sua capacidade de responder às demandas da sociedade digital. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica. Examina-se como as inovações tecnológicas, como automação, inteligência artificial, big data e plataformas digitais desafiam conceitos como privacidade, liberdade de expressão, participação democrática e soberania estatal. A proposta parte da premissa de que, assim como as revoluções tecnológicas anteriores forçaram adaptações no ordenamento jurídico, o fenômeno da transformação digital da sociedade também exige uma resposta jurídica robusta, com a incorporação de novos princípios constitucionais e a revisão de institutos tradicionais.

Palavras-chave: Direito Constitucional; constitucionalismo digital; transformação digital; inteligência artificial; proteção de dados; sociedade 4.0; democracia digital; plataformas

¹ Juiz de direito do TJMG, mestre em Direito e Poder Judiciário (2024) e especialista em Inovação Judicial (2022) pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), especialista em Direito Público pela Uniderp (2011), juiz auxiliar da Presidência do TJMG na área de TI (2022-2024), coordenador do Laboratório de Inovação do TJMG (2022-2024), juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJMG (2020-2022), integrante do Centro de Inteligência do Conselho Nacional de Justiça (2021-2022), professor e orientador de formação inicial e permanente na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF) do TJMG, professor universitário, autor e coautor de diversos livros e artigos jurídicos. *E-mail:* rodrigofaria@tjmg.jus.br.

digitais; cidadania digital; constitucionalização; direitos digitais; governança digital.

ABSTRACT

This paper analyzes the digital transformation impacts on Constitutionalism, exploring the digital constitutionalism model and its ability to respond digital society demands. The methodology used is bibliographic review. It examines how technological innovations such as automation, artificial intelligence, big data, and digital platforms challenge concepts such as privacy, freedom of expression, democratic participation, and state sovereignty. The proposal is based on the premise that, just as previous technological revolutions forced adaptations in the legal system, the society digital transformation phenomenon also requires a robust legal response, incorporating new constitutional principles and reviewing traditional legal institutions.

Keywords: Constitutional Law; digital constitutionalism; digital transformation; artificial intelligence; data protection; society 4.0; digital democracy; digital platforms; digital citizenship; constitutionalization; digital rights; digital governance.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos 200 anos, o constitucionalismo brasileiro passou por profundas transformações, refletindo as mudanças sociais, políticas e econômicas do país. Desde a Constituição do Império, de 1824 (Castro; Mezzaroba, 2018), até a Constituição de 1988, a conhecida "Constituição Cidadã" (Reis, 2018), o Brasil viveu momentos de avanços e retrocessos no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Essas transformações não ocorreram de maneira isolada, mas sim acompanhando um cenário global

em que o constitucionalismo se adaptou às exigências de novas realidades sociais (Celeste, 2019).

Agora, o constitucionalismo brasileiro se defronta com um novo capítulo da sua história: a era 4.0, uma referência à quarta e atual onda da revolução industrial, marcada pela transformação digital, uso de inteligência artificial e conectividade da Internet das Coisas (IoT).²

Nela, o palco da vida passou a ser virtual. As interações humanas deixaram de se realizar através dos átomos e passaram a se desenvolver a partir dos *bits* (Faria, 2022). Especialmente a partir da pandemia causada pelo novo coronavírus, que impôs uma quarentena global, a tecnologia digital tornou-se um novo tipo de expressão das relações humanas, acelerando a desmaterialização do mundo físico tal como o conhecíamos, desempenhando um papel tão fundamental quanto a linguagem escrita foi na era da imprensa (Faria, 2019).

Na dimensão infraconstitucional, a regulamentação dessas novas tecnologias fez surgir o Direito Digital como novo ramo multidimensional que abarca temas relacionados com as tecnologias digitais emergentes e forma um complexo mosaico de questões e soluções que buscam revisitar antigos problemas, agora sob a ótica do digital.

O conceito de direito digital pode ser definido exatamente como o conjunto de enfrentamentos necessários por força desse cenário que não é só tecnológico, mas filosófico, cultural, geopolítico, militar, científico e econômico. Desde questões como a tributação de Bitcoin até o famigerado direito ao esquecimento, passando por comércio eletrônico, desordem informacional e sistema eleitoral: há um mosaico incessante de novas perguntas que recolocam velhos problemas e

² O conceito 4.0 faz referência à Quarta Revolução Industrial criada a partir da disrupção tecnológica. "A 'Primeira Revolução Industrial', ocorrida na Inglaterra, no século XVIII, foi marcada pela substituição da manufatura por produção fabril; a 'Segunda Revolução Industrial', datada do século XIX, ficou marcada pela divisão de tarefas e uso de energia elétrica; a 'Terceira Revolução Industrial', ocorrida no século XX, baseou-se na introdução da eletrônica e da informática; e, atualmente, estamos diante da chamada 'Quarta Revolução Industrial', que consiste na automatização e robotização dos ambientes de produção, com a introdução de inteligência artificial e da chamada 'Internet das Coisas'" (Nunes, 2019, p. 3).

exigem novas abordagens para a adequação das regras jurídicas ao contexto digital (Santarém, 2023).

Nesse contexto, a noção de constitucionalismo digital surge como uma proposta teórica que visa a analisar os desafios impostos pela digitalização em face da necessidade de proteção dos direitos fundamentais (Celeste, 2024). Esse conceito procura, portanto, formular mecanismos de regulação das novas formas de interação social e tecnológica a partir da ótica constitucional, tendo como norte a garantia dos direitos fundamentais, a preservação da soberania estatal e a salvaguarda dos valores democráticos,³ adaptando de forma crítica os princípios constitucionais tradicionais à realidade da transformação digital, garantindo que os direitos e garantias fundamentais não sejam comprometidos pelo avanço das tecnologias emergentes (Trindade; Antonello, 2022).

Segundo Trindade e Antonello,

O constitucionalismo digital pode ser entendido como sendo uma ideologia que visa a lidar com os desafios da sociedade da informação pautado por duas missões centrais para o mundo jurídico no ambiente digital: reafirmar direitos humanos fundamentais e promover o equilíbrio entre poderes (Trindade; Antonello, 2022, p. 3).

Nesse contexto, o presente artigo pretende explorar as origens e fundamentos do constitucionalismo digital, analisando sua importância no contexto atual de virtualização das relações sociais e o papel da transformação digital e da adoção massiva das tecnologias emergentes no arcabouço constitucional. A partir dessa premissa, serão abordadas as implicações dessa transformação para o Direito Constitucional, propondo uma

³ "[...] in the information or network society, which, in the last twenty years, has transmuted into the algorithmic society as the current societal background featuring large, multinational social platforms 'sit between traditional nation states and ordinary individuals and the use of algorithms and artificial intelligence agents to govern populations'" (De Gregorio, 2022, p. 1).

reflexão sobre a adequação das normas constitucionais diante dos avanços tecnológicos.

2 DO CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL AO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Historicamente, cada revolução industrial impôs ao Direito novos e inéditos desafios. Assim foi na Primeira Revolução Industrial, em que a rápida industrialização gerou profundas transformações sociais, que resultaram em novas tensões e desigualdades. Esses novos conflitos forçaram os Estados a apresentarem respostas por meio da criação de legislações específicas, como as que visavam a proteger os direitos trabalhistas e garantir a segurança no ambiente de trabalho (Miranda, 2012).

De forma semelhante, as tecnologias digitais que surgiram a partir do final do século XX alteraram a maneira como os direitos e liberdades passaram a ser exercidos e ameaçados. A globalização e o surgimento de plataformas digitais trouxeram à tona perguntas sobre soberania nacional (Maciel, 2023), liberdade de expressão (Bispo; Leite, 2021), proteção de dados pessoais (Silva; Oliveira, 2019), privacidade (Ferreira, 2021) e segurança cibernética (Polido, 2024).

Com a consolidação da era digital e o avanço da Sociedade 4.0 (De Gregorio, 2022), surge então a necessidade de repensar o conceito de constitucionalismo em uma era de desafios tecnológicos marcando temas centrais da vida cotidiana e da governança pública.

Conforme leciona De Gregorio (2022), o

[...] papel das democracias constitucionais na sociedade da informação ou rede [...], nos últimos vinte anos, transmutou-se na sociedade algorítmica como o cenário social atual, onde grandes plataformas sociais multinacionais "situam-se entre os estados-nação tradicionais e os indivíduos comuns, utilizando algoritmos e agentes de

Assim, o constitucionalismo digital surge para designar o conjunto de princípios, normas e interpretações constitucionais necessários para regular e proteger os direitos fundamentais em um ambiente digital (Memeti *et al.*, 2024). Não se trata de uma pretensão de substituição do constitucionalismo tradicional, mas sim de uma proposta de releitura para garantir que os direitos e as liberdades, tal como garantidos pelas constituições, sejam efetivos em um contexto de crescente digitalização e automação.

Na sociedade algorítmica, as principais ameaças às democracias constitucionais não provêm mais exclusivamente das autoridades públicas, uma vez que elas agora se originam principalmente de atores privados que governam espaços que são formalmente privados, mas que, na prática, exercem funções tradicionalmente atribuídas às autoridades públicas, e sem qualquer salvaguarda. Esse desafio, no entanto, não implica a necessidade de revolucionar as bases do constitucionalismo moderno, mas sim de redefinir o papel do direito constitucional e interpretar os desafios da sociedade algorítmica sob a ótica do constitucionalismo digital. Como observa Suzor, "o constitucionalismo digital exige que desenvolvamos novas formas de limitar os abusos de poder em um sistema complexo que inclui vários governos, empresas e organizações da sociedade civil". Em outras palavras, o constitucionalismo digital consiste em articular os limites ao exercício de poder em uma sociedade em rede (De Gregorio, 2022, p. 4).⁵

⁴ No texto original: "It is an attempt to reframe the role of constitutional democracies in the information or network society, which, in the last twenty years, has transmuted into the algorithmic society as the current societal background featuring large, multinational social platforms 'sit between traditional nation states and ordinary individuals and the use of algorithms and artificial intelligence agents to govern populations'" (De Gregorio, 2022, p. 3).

⁵ No texto original: "In the algorithmic society, the primary threats for constitutional democracies do not come any longer exclusively from public authorities, since they come primarily from private actors governing spaces which are formally private spaces, but exerting in practice, and without any safeguard, functions traditionally vested in public authorities

Em consequência, conclui-se que o constitucionalismo digital representa uma evolução necessária e coerente frente aos desafios impostos pela era digital. A proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre os poderes no contexto da transformação tecnológica são mantidos como objetivos centrais dessa proposta, buscando garantir que os valores democráticos sejam preservados em face das mudanças trazidas pelas tecnologias emergentes.

3 DIMENSÕES INFRACONSTITUCIONAIS DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS DIGITAIS

Como visto no tópico anterior, o constitucionalismo digital reflete a adaptação dos princípios clássicos do constitucionalismo para o ambiente virtual, buscando garantir a proteção dos direitos fundamentais, como a privacidade e a liberdade de expressão.⁶

No tocante à liberdade de expressão, a internet, aliada às chamadas tecnologias emergentes, trouxe novas oportunidades para a livre manifestação de opiniões, mas também para

without any safeguard. This challenge, however, does not imply the need to revolutionise the grounding roots of modern constitutionalism but that to reframe the role of constitutional law and interpret the challenges of the algorithmic society under the lens of digital constitutionalism. As Suzor observes, 'digital constitutionalism requires us to develop new ways of limiting abuses of power in a complex system that includes many different governments, businesses, and civil society organisations'. Put in a different way, digital constitutionalism consists of articulating the limits to the exercise of power in a networked society" (De Gregorio, 2022, p. 4).

⁶ "Para fornecer uma resposta provisória às nossas questões, pode-se hipotetizar que o constitucionalismo digital, entendido como uma vertente do constitucionalismo contemporâneo, impõe a necessidade de gerar contrarrespostas normativas às alterações do equilíbrio constitucional provocadas pelo advento da tecnologia digital e, ao mesmo tempo, fornecer os ideais, valores e princípios que orientam essas contrarrespostas". No texto original: "In conclusion, in order to provide a tentative answer to our questions, one could hypothesise that digital constitutionalism, intended as a strand of contemporary constitutionalism, imposes the necessity to generate normative counteractions to the alterations of the constitutional equilibrium that are produced by the advent of digital technology and, at the same time, provides the ideals, values and principles that guide such counteractions" (Celeste, 2019, p. 6).

manipulação da informação (Neves; Cortellini, 2018), através das chamadas *fake news* (Zombre, 2024) e *deep fakes* (Robl Filho; Marrafon; Medon, 2022).

Nesse sentido, há um debate crescente sobre como equilibrar o direito à liberdade de expressão com a necessidade de evitar abusos que possam prejudicar a democracia e os direitos de terceiros (Balkin, 2019).

Na sociedade digital, as plataformas e serviços digitais que nela operam tornam-se um canal de *fake news*, desinformação, pós-verdade, fatos alternativos [...] transformando-se em ferramentas de soft power na guerra de valores entre poderes e grupos sociais. O recente reconhecimento do papel nocivo que eles podem desempenhar na desconstrução dos sistemas constitucionais, deu, ao mesmo tempo, um impulso para que as redes e suas empresas elaborassem suas próprias listas de valores. Valores que, embora coincidam no nome com valores constitucionais, são, no entanto, produto da autorregulação e, portanto, são também dotações que refletem os interesses econômicos das grandes empresas (Balkin, 2019, p. 253).

Como se observa, o advento das tecnologias digitais emergentes trouxe desafios que não se limitam ao nível constitucional. Há também implicações importantes no âmbito infraconstitucional, em que normas específicas e regulamentos complementam e implementam os princípios e direitos constitucionais de natureza fundamental.

Nesse sentido, a interação entre o direito digital e o constitucionalismo digital revela a necessidade de uma adaptação dinâmica, em que temas como soberania nacional (Maciel, 2023), liberdade de expressão (Bispo; Leite, 2021), proteção de dados pessoais (Silva; Oliveira, 2019), privacidade (Ferreira, 2021) e segurança cibernética (Polido, 2024) exigem uma constante atualização normativa e interpretativa, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais no ambiente digital.

A criação de novos direitos digitais, como o direito ao esquecimento e à autodeterminação informacional, ilustra a necessidade de atualizar o arcabouço jurídico infraconstitucional para acompanhar a regulação da vida em sociedade no contexto do fenômeno da transformação digital.

Se a constitucionalização de direitos se refere ao fenômeno de incorporação de direitos tradicionalmente de matiz infraconstitucional ao plano e status de direito constitucional (Barroso, 2006), a constitucionalização de direitos digitais exprime um fenômeno que se releva novo, pelo qual as novas regulamentações sobre tecnologias digitais emergentes já nascem com *status* constitucional, apesar de veiculadas em leis e regulamentos que são típicos veículos de temas tradicionalmente considerados como não merecedores de assento constitucional (Lôbo, 1999).

Diversas questões que estão atualmente ocupando o debate jurídico tanto no campo acadêmico como no ambiente parlamentar traduzem um processo simultâneo de criação e incorporação de novos direitos e garantias ao conjunto de normas de *status* constitucional, refletindo demandas emergentes geradas pela revolução tecnológica. Esses desdobramentos infraconstitucionais mostram que a regulação da tecnologia exige uma aproximação entre as esferas constitucional e infraconstitucional, com vistas a preservar os princípios democráticos como expressões do mundo digitalizado.

Em consequência, normas como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que tradicionalmente seriam reguladas por normas infraconstitucionais, podem ser reconhecidas como direitos com status constitucional fundamental. A ideia de uma dimensão constitucional sugere que certos direitos digitais, mesmo sem estarem expressamente previstos na constituição, podem ser nativamente protegidos como direitos constitucionalizados, que implementam princípios constitucionais fundamentais mais amplos, como o direito à privacidade, criando uma imediata proteção de natureza para

as novas questões que emergem no ambiente digital (Beltrão, 2013).

Em relação à privacidade e à proteção de dados pessoais, já consagradas no texto constitucional brasileiro (CF, art. 5º, inciso X) (Brasil, [2024]), o aumento do uso de novas tecnologias digitais e a coleta massiva de dados pessoais por governos e empresas tornaram urgente a revisão de princípios constitucionais relacionados à privacidade. O General Data Protection Regulation (GDPR) (Lemos Junior; Silva; Lelis, 2021), da União Europeia, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Rosa; Nielson, 2023), no Brasil, são expressões típicas de um movimento de como as legislações recentes buscam se adaptar à realidade digital, tratando-se, portanto, de típicos exemplos do fenômeno de constitucionalização de direitos digitais.

Os dados são, de facto, o bem econômico essencial do mercado digital, hoje nas mãos de grandes empresas de tecnologia. Não obstante, a positivação da propriedade dos dados implicaria uma validação generalizada deste modelo de negócio, bem como a introdução de uma cosmovisão jurídica transformada — se não diferente — na qual o mercado se tornaria a peça fundamental para garantir a dignidade humana, mesmo prevalecendo sobre esta última de acordo com a oportunidade econômica do momento (Dobre, 2023, p. 1).

No entanto, essa regulamentação também levanta questões sobre a soberania nacional, uma vez que o fluxo de dados transcende fronteiras e requer cooperação internacional. Além disso, a discussão sobre privacidade também abrange o direito ao esquecimento, que permite aos indivíduos solicitar a remoção de suas informações da internet, um conceito que está sendo cada vez mais debatido em tribunais de várias jurisdições.

Para MacKinnon,

[...] não é mais suficiente que as pessoas reivindiquem seus direitos e responsabilidades apenas como cidadãos de Estados-nação. Se os

objetivos de justiça social global e governança responsável devem ser alcançados, as pessoas agora também precisam afirmar seus direitos e responsabilidades como netizens: cidadãos de uma internet globalmente conectada (MacKinnon, 2012, p. 31, tradução própria).⁷

Assim, a dimensão infraconstitucional do constitucionalismo digital emerge como uma resposta necessária à complexidade regulatória trazida pela transformação digital, em um cenário em que a proteção de direitos precisa transcender fronteiras e envolver uma cooperação internacional efetiva.

4 GOVERNANÇA COMO PLATAFORMA, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DIGITAL

A transformação digital também está remodelando a forma como os cidadãos participam do processo democrático e até mesmo os elementos essenciais que caracterizam o próprio conceito de Estado.

No campo democrático, a transformação digital está remodelando a forma como os cidadãos participam do processo democrático. A internet oferece novas oportunidades para a participação política direta, como por meio de plataformas de petições *on-line* (Sebastião; Pacheco; Santos, 2012), consultas públicas digitais (Jerônimo, 2016), o uso das redes sociais para mobilizações políticas e mesmo o voto eletrônico remoto (Grostein; Lopes, 2021), como implementado na Estônia.

A crescente polêmica sobre a adoção de inteligência artificial e automação em setores como saúde, segurança e até mesmo no Judiciário levanta questões constitucionais importantes. A automação de decisões judiciais, por exemplo, embora possa aumentar a eficiência, também desafia princípios fundamentais, como o devido processo legal e o direito ao

⁷ No texto original: "[...] it is no longer sufficient for people to assert their rights and responsibilities as citizens of nation-states. If the goals of global social justice and accountable governance are to be served, people now also need to assert their rights and responsibilities as netizens: citizens of a globally connected Internet" (MacKinnon, 2012, p. 31).

contraditório, especialmente quando as decisões são tomadas por algoritmos cujos critérios são opacos e difíceis de contestar. Nesse sentido, normas cada vez mais restritivas⁸ ao uso de inteligência artificial orientada por redes neurais profundas (*deep learning*) e baseadas em arquitetura de grandes modelos de linguagem (LLMs) fazem surgir algumas abordagens polêmicas, como o conceito de LLMs as a judge como referência ao uso dessa tecnologia para apoio do processo decisório (Lai *et al.*, 2023).

Sobre a nova conformação do Estado em face do fenômeno da transformação digital, Cass Sunstein (2001) explica o conceito de *netizen*, um trocadilho em referência ao cidadão (*citizen*) da internet (letra n) que faz alusão ao impacto da internet no que concerne à formação da opinião pública. Ao contrário do cidadão tradicional, que é exposto a uma multiplicidade de vozes e opiniões no espaço público físico, o netizen tem a possibilidade de selecionar e filtrar, no ambiente digital, as informações e notícias que deseja consumir. Segundo Sunstein (2001), essa dinâmica de personalização do conteúdo tem consequências para a democracia deliberativa, que pressupõe o intercâmbio e o confronto de diferentes perspectivas.

Nessa perspectiva, é pertinente considerar o exemplo da Estônia, frequentemente citada como um modelo de sociedade digital. Desde o início dos anos 2000, a Estônia destacou-se globalmente por sua abordagem inovadora na implementação de um governo digital, transformando-se em um verdadeiro "Governo como Plataforma". Quase todos os serviços governamentais estão disponíveis *on-line*, desde o voto eletrônico até o acesso a registros de saúde.

O conceito de Governo como Plataforma (Government as a Platform - GaaP) baseia-se em uma fundação digital para o governo compartilhar dados, software e serviços, sendo proposto como um modelo eficiente, eficaz e inovador de

⁸ Nesse sentido, a Resolução 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2020) e sua revisão por meio do grupo de trabalho pela Portaria 338/2023 (Brasil, 2023).

governança, especialmente no Reino Unido. No entanto, ele foi mais próximo de ser concretizado na Estônia, onde camadas subjacentes de registros de dados, troca de informações, identificação segura e portais de interface formam uma plataforma sobre a qual serviços digitais foram construídos, conferindo ao país uma reputação global em governo digital (Margetts; Naumann, 2016, p. 4, tradução própria).⁹

Esse processo de transformação digital foi acompanhado de uma robusta infraestrutura legal e constitucional, que assegura a proteção de dados, a privacidade dos cidadãos e a transparência nas ações governamentais.

O país também adotou o conceito de cidadania digital, permitindo que qualquer pessoa no mundo se torne um "e-residente" e acesse seus serviços *on-line*, demonstrando como um Estado pode se modernizar sem comprometer os princípios fundamentais do constitucionalismo.

A Estônia foi o primeiro país do mundo a oferecer a não residentes uma identidade digital transnacional (cartão de identidade digital de e-residente), com o objetivo de promover e desenvolver a economia, a ciência, a educação e a cultura do país. Os principais benefícios associados à e-residência são a autenticação eletrônica segura e o acesso a serviços eletrônicos oferecidos por provedores públicos ou privados. Considerando a importância dos investimentos estrangeiros diretos na economia estoniana, as autoridades nacionais destacaram serviços relacionados à criação de empresas online e à administração remota de negócios. A e-residência reflete uma tendência importante de convergência entre a regulamentação jurídica e a prática, relaciona-

⁹ Texto no original: "The concept of Government as a Platform (GaaP) is based on a digital foundation for government to share data, software and services, and has been proposed as an efficient, effective and innovative model for government, particularly in the UK. But it has come nearest to being realised in Estonia, where underlying layers of data registries, information exchange, secure identification and front-end portals form a platform upon which digital services have been built, earning a global reputation for digital government" (Margetts; Naumann, 2016, p. 11).

da aos formatos "virtuais" e "reais" das atividades humanas cotidianas (Böhm *et al.*, 2019, p. 598).¹⁰

Em suma, o Estado contemporâneo está cada vez mais sendo moldado pelas inovações tecnológicas, especialmente no que diz respeito aos seus impactos sobre o constitucionalismo e a democracia. A adoção de novas tecnologias redefine as interações entre Estado e sociedade, com implicações profundas na Administração Pública. Nesse contexto, o paradigma do "Governo como Plataforma" propõe uma estrutura digital integrada para a prestação de serviços, influenciando diretamente a forma de organização do Estado e a relação com seus cidadãos.

5 O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO É DIGITAL?

O futuro do constitucionalismo está intimamente ligado à capacidade dos Estados de garantir que o progresso tecnológico caminhe de mãos dadas com a proteção dos direitos humanos. Isso exige um compromisso renovado com os princípios constitucionais e uma abertura para adaptar esses princípios às novas realidades digitais (Rocha; Costa, 2021).

Assim, o constitucionalismo do futuro deve compreender constituições que estejam aptas à flexibilidade e adaptabilidade (Moura, 2018). A ideia de emendas constitucionais rápidas e eficientes deve ser considerada para evitar que as constituições se tornem obsoletas frente a tecnologias que mudam em ciclos muito curtos. Além disso, cláusulas abertas sobre direitos

¹⁰ Texto no original: "Estonia became the first country in the world to offer non-residents a transnational digital identity (e-resident's digital identity card) that seeks to promote and develop the Estonian economy, science, education and culture. Principle benefits associated with e-residency are secure electronic authentication and access to e-services by public or private providers. Considering the importance of direct foreign investments in Estonian economy, national authorities singled out services related to online establishment and distant administration of businesses. e-residency reflects a major trend of convergence of legal regulation and practice related to 'virtual' and 'real' formats of everyday human activities" (Bohm *et al.*, 2019, p. 598).

tecnológicos ou comissões permanentes de revisão digital podem ser uma solução para manter as constituições alinhadas à realidade tecnológica (Abreu, 2023).

Entre as principais questões a serem enfrentadas, podemos destacar a necessidade do reconhecimento da inclusão digital como um direito fundamental, a fim de garantir que grupos vulneráveis, como idosos, pessoas com baixa renda e pessoas que vivem em áreas remotas, não sejam deixados para trás no processo de digitalização, evitando-se que as disparidades tecnológicas aumentem as desigualdades sociais, já que a exclusão digital pode acentuar desigualdades e comprometer o exercício de direitos fundamentais, como o acesso à educação, à saúde e à justiça.¹¹

Além disso, as constituições devem passar a reconhecer explicitamente os chamados direitos digitais personalíssimos como direitos fundamentais do ser humano, a fim de garantir que o arcabouço jurídico esteja preparado para enfrentar os desafios trazidos pela internet e pelas novas tecnologias, como direitos relacionados ao controle sobre os próprios dados (Doneda, 2011) e a herança digital, entendida como o patrimônio material e imaterial com existência restrita ao ambiente virtual.

Além disso, a construção normativa universal de uma cidadania digital global pode emergir como um novo conceito, permitindo que indivíduos em qualquer parte do mundo tenham acesso a serviços governamentais digitais, como exemplificado pelo programa de *e-Residency* da Estônia. Nesse sentido, a redefinição do próprio conceito de soberania passa a ser exigido

¹¹ Com o entendimento que o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) ocasionou mudanças comportamentais e sociais, nota-se que atribuir à inclusão social o valor de norma de direito fundamental decorrente ou atribuída é uma maneira de garantir a atualização do direito frente ao contexto pós-contemporâneo da cibercultura e, além disso, ainda funciona como meio de otimizar o direito fundamental à educação e os princípios constitucionais estipulados pelo Estado Democrático de Direito no Brasil. Diante das evoluções no século XXI, em especial, no que diz respeito ao desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação, a inclusão digital se tornou de grande importância não somente para o desenvolvimento humano e social, mas, especificamente, para a educação (Jerônimo, 2016, p. 8).

no contexto digital à medida que as fronteiras territoriais perdem relevância diante das tecnologias transnacionais, plataformas digitais e corporações transnacionais, que operam além do alcance tradicional dos Estados.

6 CONCLUSÃO

À medida que celebramos os 200 anos da Constituição, depara-se com uma nova fronteira para o Direito Constitucional: o desafio da transformação digital e suas implicações para os direitos fundamentais, a estrutura do Estado e a soberania. O constitucionalismo digital emerge como uma resposta necessária e urgente para lidar com os impactos das tecnologias emergentes.

A proteção dos direitos fundamentais está sendo testada por coleta de dados em massa. A estrutura democrática tradicional é pressionada a se adaptar ao novo ambiente digital. A reconfiguração das estruturas estatais e o surgimento do paradigma do governo como plataforma exigem novas formas de controle e accountability.

A par de tantos desafios, surge uma oportunidade única para a renovação do constitucionalismo. Assim como as constituições anteriores evoluíram para incorporar os avanços sociais e econômicos, o constitucionalismo digital tem a oportunidade de garantir que as inovações tecnológicas se alinhem com os princípios da democracia, da justiça e dos direitos fundamentais.

É essencial que o Direito Constitucional, ao navegar pelo século XXI, mantenha-se fiel aos seus propósitos fundamentais — a promoção da dignidade humana, a justiça social e a preservação da democracia — enquanto se adapta para regular um mundo em que as fronteiras entre o real e o virtual estão cada vez mais nebulosas.

O constitucionalismo digital não deve ser visto como uma ruptura, mas sim como uma continuidade evolutiva do projeto constitucional iniciado há 200 anos. Assim como o

constitucionalismo clássico surgiu para garantir os direitos e limitar os abusos do poder estatal, o constitucionalismo digital deve emergir para regular as novas formas de poder, as novas formas de Estado, assegurar a proteção dos direitos no espaço digital e garantir que todos, sem exceção, possam participar plenamente da sociedade 4.0.

REFERÊNCIAS

ABREU, Anderson Jordan Alves. A elevação da proteção de dados pessoais à categoria de direito fundamental como expressão do Constitucionalismo Digital. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 121-147, jun. 2023. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1464/977>. Acesso em: 14 out. 2024.

BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and newschool speech regulation. *U.C. Davis Law Review*, [s. l.], v. 51, p. 1.149-1.210, 2018. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/51-3_Balkin.pdf. Acesso em: 10 dez. 2024.

BALKIN, Jack M. The recent unpleasantness: understanding the cycles of constitutional time. *Indiana Law Journal*, [s. l.], v. 94, n. 1, p. 253-296, 2019. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol94/iss1/6>. Acesso em: 10 dez. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Themis: Revista da ESMEC*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006. Disponível em: <https://revistathemis.tjce>.

jus.br/THEMIS/article/view/241/232. Acesso em: 13 out. 2024.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade: natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o Direito Constitucional. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 203-228, 2013.

BISPO, Wallace Nascimento; LEITE, Jackson de Jesus Sousa. O direito fundamental à liberdade de expressão em tempos de crise: a prática das *fake news* e do discurso de ódio na democracia brasileira. *Revista Jurídica da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS)*, Feira de Santana, n. 3, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.13102/rjuefs.vi3.5632>. Acesso em: 13 out. 2024.

BÖHM, Fabian *et al.* PrETP: privacy-preserving electronic toll pricing. *Information Systems Frontiers*, [s. l.], v. 21, n. 3, p. 598, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria nº 338 de 30 de novembro de 2023. Institui Grupo de Trabalho sobre inteligência artificial no Poder Judiciário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 294, p. 2-46, dez. 2023. Disponível em: file:///C:/Users/e1669613/Downloads/DJ294_2023-ASSINADO.PDF. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, ano 274, p. 4-825, ago. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/e1669613/Downloads/DJ274_2020-ASSINADO.PDF. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. [Constituição, (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZAROBBA, Orides. History of Brazilian Constitutional Law: 1824's Constitution of the Empire of Brasil and the private slavery system. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, [s. l.], v. 39, p. 11-36, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018V-39N78P11>. Acesso em: 13 out. 2024.

CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the digital age. *Liber Amicorum For Ingolf Pernice*, [s. l.], p. 23-33, 2024.

CELESTE, Edoardo. Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, [s. l.], v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 13 out. 2024.

DE GREGORIO, Giovanni. Digital Constitutionalism: an introduction. In: DE GREGORIO, Giovanni. *Digital Constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 1-6. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781009071215>. Acesso em: 2 fev. 2025.

DE GREGORIO, Giovanni. *Digital Constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781009071215>. Acesso em: 13 out. 2024.

DOBRE, Daniela. La propiedad sobre los datos personales: un análisis desde el Derecho Constitucional. In: CALLEJÓN,

Francisco Balaguer *et al.* (coord.). *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*. Navarra: Aranzadi, 2023. p. 701-719.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 out. 2024.

FARIA, Rodrigo Martins. O sistema de precedentes qualificados como técnica adequada de gestão processual no contexto do fenômeno da explosão de litigiosidade. 2019. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/server/api/core/bitstreams/d0025016-d0e7-4167-b820-ad0fa1911c7e/content>. Acesso em: 13 out. 2024.

FARIA, Rodrigo Martins. Tecnologia da informação aplicada ao gerenciamento de precedentes qualificados: uma proposta para a eficiência do sistema de justiça. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2022. p. 367-392. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/978-65-88022-16-0>. Acesso em: 13 out. 2024.

FERREIRA, Pollyana Mara Andrade. A necessidade de regulamentação do direito fundamental à proteção de dados pessoais/digitais na Constituição Brasileira/1988. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA, 6., 2021. *Anais...* v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.trabalhocidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/908>. Acesso em: 13 out. 2024.

GROSTEIN, Júlio; LOPES, Yuri César Novais Magalhães. Cogitações sobre a implementação do voto digital no Brasil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [s. l.], v. 7, n. 5, p. 1.397-1.419, 2021.

JERÔNIMO, Luciana Saraiva de Oliveira. *Diálogo temático on-line na consulta pública digital: um estudo sobre relações entre enunciados do governo e dos cidadãos (O caso do "Governador Pergunta" no site "Gabinete Digital" do RS)*. 2016. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

LAI, Jinqi et al. Large language models in law: a survey. *arXiv*, [s. l.], 26 nov. 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2312.03718>. Acesso em: 15 out. 2024.

LEMO JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Helton Junio da; LELIS, Henrique Rodrigues. General data protection regulation: revisão sistemática de literatura sobre a regulação de proteção de dados pessoais na União Europeia. *Brazilian Journal of Development*, [s. l.], v. 7, n. 12, p. 118.967-118.985, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv7n12-589>. Acesso em: 13 out. 2024.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

MACIEL, Natalia Ferraz de Menezes. A globalização das plataformas digitais: uma análise sobre a necessidade de regulamentação dessa ferramenta. *Revista Foco*, [s. l.], v. 16, n. 10, 2023. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3092/2305>. Acesso em: 13 out. 2024.

MACKINNON, Rebecca. The netizen. *Development*, [s. l.], v. 55, p. 201-204, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/dev.2012>. Acesso em: 13 out. 2024.

MARGETTS, Helen; NAUMANN, Andre. *Government as a platform: what can Estonia show the world?* Oxford: Oxford Internet Institute, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-981-13-2619-5_3. Acesso em: 14 out. 2024.

MEMETI, Ermira et al. Navigating ethical terrain: artificial intelligence and human rights in the digital age. *Journal of Natural Sciences and Mathematics*, [s. l.], v. 9, n. 17-18, p. 2.826, 2024. Disponível em: <https://journals.unite.edu.mk/Abstract?AId=1209&DId=2826>. Acesso em: 13 dez. 2024.

MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do Direito do Trabalho. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, [s. l.], v. 3, n. 1, 2012.

MOURA, Ariel. Lex digitalis e flexibilidade do direito. *Sociology of Law*, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 15 out. 2024.

NEVES, Felipe Costa Rodrigues; CORTELLINI, Isabel. Liberdade de expressão em tempos de internet. *Migalhas*, [s. l.], 14 set. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 13 out. 2024.

NUNES, Letícia Gonçalves. A tecnologia como entidade transformadora da gestão jurídica: do papel à inteligência artificial. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 2, n. 2, jan./mar. 2019.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. Estado, soberania digital e tecnologias emergentes: interações entre direito internacional, segurança cibernética e inteligência artificial. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 9, n. 1, p. 1-30, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revive/article/view/e53066/e53066>. Acesso em: 13 dez. 2024.

REIS, Daniel Aarão. A Constituição cidadã e os legados da ditadura. *Locus: Revista de História*, [s. l.], v. 24, n. 2, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20879/22392>. Acesso em: 13 out. 2024.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direitos fundamentais e democracia no Constitucionalismo Digital. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 8 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-08/observatorio-constitucional-direitos-fundamentais-democracia-constitucionalismo-digital/>. Acesso em: 15 out. 2024.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARAFON, Marco Aurélio; MEDON, Filipe. A inteligência artificial utilizada para desinformar ou a serviço da desinformação: como as *deepfakes* e as redes automatizadas abalam o mercado livre de ideias e a democracia constitucional e deliberativa. *Economic Analysis of Law Review*, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 1-23, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.31501/ealr.v13i3.12527>. Acesso em: 13 out. 2024.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). *O futuro da Constituição: constitucionalismo social* em Luhmann e Teubner. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: <http://www.editorafi.org>. Acesso em: 15 out. 2024.

ROSA, Milena Cereser da; NIELSON, Joice Graciele. Capitalismo de vigilância e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

na era da informação. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, [s. l.], v. 25, n. 1, p. 68-86, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/55011/33970>. Acesso em: 15 out. 2024.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. Desafios jurídicos e inovações legislativas à luz do constitucionalismo digital. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 23 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-23/paulo-rena-desafios-juridicos-luz-constitucionalismo-digital/>. Acesso em: 13 out. 2024.

SEBASTIÃO, Sônia; PACHECO, André; SANTOS, Mariana. Cidadania digital e participação política: o caso das petições *on-line* e do orçamento participativo. *Estudos em Comunicação*, [s. l.], v. 11, p. 31-51, maio 2012.

SILVA, Ramon; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Belém, v. 5, n. 2, p. 22-41, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5778/pdf>. Acesso em: 13 out. 2024.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

TRINDADE, André Karam; ANTONELLO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 18, n. 1, jan.-abr. 2022. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816/3134>. Acesso em: 13 out. 2024.

ZOMBRE, Oumar. *L'impact des fakenews et de la désinformation sur la coopération militaire franco-burkinabé*. 2024. Master's thesis – Swiss UMEF University of Burkina Faso,

Unité de Formation et de Recherche en Sciences Juridiques,
Politiques et de l'Administration. Disponível em: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.23633.34408>. Acesso em: 13 dez. 2024.

200
años



A CONSTITUIÇÃO COMO LOGOS

THE CONSTITUTION AS LOGOS

Thiago Brega de Assis¹

RESUMO

O artigo explora a evolução do constitucionalismo, de suas origens na história do povo hebreu, segundo a proposta de Loewenstein, até a norma fundamental de Kelsen e, ainda, a trajetória do constitucionalismo no Brasil. Faz-se uma breve análise dos pensamentos acerca da constituição da racionalidade humana. Reflete-se sobre as nuances filosóficas que permeiam a Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e da organização social.

Palavras-chave: Constituição; fundamento; hierarquia; logos; dignidade humana.

ABSTRACT

The article explores the evolution of constitutionalism from its origins in the history of the Hebrew people, according to Loewenstein's proposal, to Kelsen's fundamental norm and, then, the trajectory of constitutionalism in Brazil. Afterwards, there is a brief analysis of thoughts about the constitution of human rationality. Finally, it reflects on the philosophical nuances that permeate the Constitution as the foundation of the legal system and social organization.

Keywords: Constitution; foundation; hierarchy; logos; human dignity.

¹ Graduado em Direito e especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF, mestre em Direito pela UERJ, juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). *E-mail:* thiago.assis@tjmg.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Para a elaboração do artigo, realizou-se um recorte da realidade, dadas a grandiosidade do tema e as limitações inerentes a um artigo. A perspectiva adotada, seguindo os profundos questionamentos sobre os fundamentos, tanto da própria realidade como do Constitucionalismo, oriundos do século XX, é de um contexto ao mesmo tempo mais recente e mais amplo, desenvolvendo a argumentação com uma opção filosófico-científica de base, que segue o entendimento de David Bohm, para quem:

[...] temos de considerar o Universo como uma totalidade indivisível e inseparável. A divisão em partículas, ou em partículas e campos, não passa de uma aproximação e uma abstração grosseira. Portanto, chegamos a uma ordem que é radicalmente diferente daquela de Galileu e de Newton – ordem da totalidade indivisível (Bohm, 2008, p. 135).

Da totalidade indivisível participa o cientista, pois este e o mundo observado, fisicamente, “são aspectos imersos e interpenetrados de uma realidade completa, que é indivisível e incomensurável” (Bohm, 2008, p. 25).

O Constitucionalismo integra essa unidade maior, e a teoria científica, em qualquer campo do conhecimento, deve abstrair um aspecto relevante do saber — algo elevado ou destacado do todo — e posto em evidência. Contudo, sem ignorar a noção de que essa parte integra uma realidade maior, verdadeira e indivisível.

Outrossim, tomando a Constituição como fundamento de validade de uma ordem jurídica hierárquica, dialoga-se com o conceito de um fundamento comum ao Direito e às noções filosóficas essenciais, das quais depende a própria ideia de racionalidade, também organizada hierarquicamente.

Postula-se que o mundo é racional em sua origem e que há uma realidade objetiva, na qual se fundamenta a Constituição, superando os estritos limites da legalidade jurídica.

O Direito é, assim, reinserido na unidade do pensamento humano, de modo que o vértice superior do sistema normativo, a Constituição, que também possui significação filosófica, como Carta Política, com conotações econômicas, morais, religiosas e entre outras, seja lógica e intelectualmente ligada aos axiomas fundamentais das concepções divergentes de mundo abarcadas pela Filosofia.

2 BREVE HISTÓRICO DE UMA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo é um conceito jurídico e político, cuja unidade é especialmente perceptível nas decisões das atuais cortes constitucionais, incluindo as brasileiras. Isso ocorre, sobretudo, quando o sentido da norma, principalmente em temas sociologicamente sensíveis, é influenciado pelos pressupostos filosóficos do intérprete e pelo seu entendimento sobre o desenvolvimento teórico do Direito.

A organização constitucional da sociedade pode ser rastreada desde as antigas civilizações, sendo possível encontrar suas raízes mais profundas na história do povo hebreu. De acordo com Karl Loewenstein (1979), a noção de constituição emerge não apenas como um conjunto de normas impostas, mas como uma estrutura normativa que deriva da consciência coletiva de um povo.

A história do povo hebreu, narrada na Bíblia (2013), apresenta um sistema de leis que regula a vida comunitária e espiritual, servindo como precursor do conceito de constituição. As Tábuas da Lei, atribuídas a Moisés, mesmo que sua historicidade literal seja questionável, simbolizam um pacto entre Deus e o povo, uma aliança que transcende a mera normatividade jurídica e adentra o campo da ética e da moralidade.

Loewenstein (1979) afirma que a história do constitucionalismo reflete a busca do homem político pela limitação do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, e um esforço de se estabelecer uma justificativa espiritual, moral

ou ética da autoridade (Loewestein, 1979, p. 150) — o que inclui aquilo que hoje conhecemos como valores naturais de justiça e equidade. “El primer pueblo que practicó el constitucionalismo fueron los hebreos” (Loewestein, 1979, p. 154), pois foram os primeiros que estabeleceram uma limitação do poder secular por meio de uma lei moral.

O autor cita, ainda, o regime constitucional dos gregos, marcado pela sua aversão ao poder concentrado e arbitrário e pela devoção aos princípios do Estado de direito, promovendo uma justiça igualitária. Contudo, a assembleia dos cidadãos (*ekklesia*), com seu poder sem limitações, acabou contribuindo para o fracasso da própria democracia grega.

Na República romana, por sua vez, tida por Loewestein (1979) como exemplo clássico de uma sociedade constitucional que não cometeu o erro de uma excessiva democratização, havia uma organização estatal com um sistema de freios e contrapesos para dividir o poder dos magistrados. No entanto, as guerras civis dos primeiros séculos antes de Cristo permitiram que César acumulasse em sua pessoa os principais cargos republicanos.

A moderna fase do constitucionalismo começa, para o referido autor, com a Revolução puritana na Inglaterra, quando a monarquia absoluta foi transformada em constitucional, e a primeira constituição escrita do mundo ocidental foi projetada como documento totalmente articulado. Contudo, os ingleses abandonaram a concepção de uma lei fundamental escrita, contentando-se com a regulação de sua ordem fundamental em leis individuais, às quais a convenção popular conferiu solenidade constitucional. Desde então, “persiste em Inglaterra la orgullosa tradición de un Estado constitucional sin constitución escrita” (Loewestein, 1979, p. 159), no que é, hodiernamente, acompanhada pela Nova Zelândia.

O triunfo do documento constitucional escrito tem início nas colônias americanas, com a Constituição de 1787, sob influência dos teóricos franceses, imbuídos das ideias de contrato social e soberania popular, sustentando

uma constituição escrita. Isso decorreu de um processo de racionalização do poder político, transferindo o centro do poder da coroa para o povo e seus representantes.

O processo culmina no estabelecimento de um documento constitucional formal, como selo de uma nova ordem social, de modo que “el gobierno constitucional no podia ser otra cosa que constitucionalismo democrático sancionado a través de una constitución escrita” (Loewestein, 1979, p. 159). Chega-se, pois, ao universalismo da constituição escrita, efeito das conquistas das revoluções americana e francesa.

Não se pode deixar de mencionar, finalmente, o pensamento de Hans Kelsen, já no século XX, especialmente em sua dinâmica jurídica, entendendo o direito como ordem normativa da conduta humana, em que uma norma fundamental serve como fundamento de validade do sistema jurídico. Assim, a ordem jurídica possui um sistema escalonado, hierárquico, de normas, sendo que, no plano dos Estados, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado” (Kelsen, 1998, p. 247).

Consolida-se, assim, a lógica da supremacia da norma constitucional e da necessidade de um controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional. A Constituição, portanto, está vinculada ao ápice do poder exercido na comunidade político-jurídica, situando-se no ponto superior da hierarquia normativa.

3 O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O constitucionalismo brasileiro reflete uma trajetória de lutas e transformações que moldaram o Estado, influenciado pelas mudanças de mentalidade dos últimos séculos. Kildare Carvalho afirma que o “nascimento do Brasil se deu sob o signo do constitucionalismo. A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado” (Carvalho, 2007, p. 257).

A formação do país está ligada às disputas entre potências ocidentais, culminando na independência após a vinda da corte real para a América. A transferência do Reino para o Brasil, a subsequente exigência de retorno de D. João VI a Portugal, a revolta do Porto em 1820 e a reunião das Cortes Constituintes em Lisboa, em 1821, estão vinculadas a um pano de fundo de embate de forças sociais e ideológicas envolvendo questões constitucionais, culminando na permanência de D. Pedro I no Brasil e na independência do país.

Desde a colonização, nosso pensamento constitucional foi moldado pela influência do direito português e, depois, pelas ideias iluministas europeias.

Nossa primeira constituição, promulgada em 1824, no contexto do Império, estabeleceu uma monarquia constitucional sob forte influência da Carta francesa de 1814. Segundo Loewestein (1979), por toda a Terra surgiram constituições seguindo a vitoriosa bandeira tricolor. "Cediendo a la presión irresistible de la opinión pública, la monarquía continental otorgó a sus pueblos, bien voluntariamente (constitución 'otorgada'), bien obligatoriamente, una constitución" (Loewestein, 1979, p. 159-160). A Carta de 1824 foi outorgada em um contexto de uma aspiração coletiva, especialmente por parte das elites, pelo controle do poder político, mas ao mesmo tempo resultou "de um ato de violência política, pela dissolução, por D. Pedro I, da Assembleia Constituinte" (Carvalho, 2007, p. 258).

Apesar de outorgada, a Constituição monárquica prevaleceu por quase sete décadas, sendo ainda a mais duradoura carta fundamental nacional. Segundo Carvalho (2007), tal diploma marcou a fase liberal-centralizadora do pensamento constitucional brasileiro, representado pela existência do Poder Moderador, exercido privativamente pelo Imperador, que também chefiava o Poder Executivo. José Afonso da Silva (1995, p. 77) salienta o art. 179 da Constituição de 1824, ao estabelecer uma declaração de direitos, o que permaneceu para as constituições seguintes.

Com a proclamação da República em 1889, o Brasil adotou uma nova Constituição, em 1891, inspirada no modelo norte-americano, com destaque para a separação dos poderes e os direitos individuais. Esse período marcou o início de um processo de adaptação das instituições pátrias às exigências de uma república federativa, consolidando a independência dos estados e a autonomia municipal.

Carvalho destaca esta como a segunda fase do nosso constitucionalismo, dominada pelas ideias de Rui Barbosa, “defensor do habeas corpus e do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário” (Carvalho, 2007, p. 259). Em oposição a Barbosa, destacou-se Oliveira Vianna, cuja defesa do realismo e da eficiência contrastava com a ênfase de Barbosa nas liberdades públicas; o primeiro em favor das liberdades públicas e o segundo em nome de um realismo e da eficiência.

A Constituição de 1934, promulgada durante a Era Vargas, introduziu inovações significativas no sistema normativo, como os direitos sociais e a justiça do trabalho, refletindo as pressões sociais e a influência das doutrinas sociais da Igreja Católica, também tendo sido fortemente inspirada na Carta de Weimar de 1919.

Contudo, a instabilidade política levou à promulgação da Constituição de 1937, que instaurou o Estado Novo e suspendeu diversas liberdades civis. Esse momento representa, segundo Carvalho (2007), a terceira fase de nosso constitucionalismo, a autoritária, “marcada pelo período em que se desenvolvem as ideias contrárias a um constitucionalismo liberal e um nascente decisionismo autoritário” (Carvalho, 2007, p. 259). A Constituição de 1937 foi influenciada pela Carta polonesa de 1935, prevendo um plebiscito para sua entrada em vigor, nunca realizado. Os poderes do Estado foram submetidos ao arbítrio do ditador.

O retorno à democracia, em 1946, impulsionado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, resultou em uma nova constituição que restabeleceu os direitos políticos e civis. Contudo, o período foi marcado por divergências entre as forças políticas

conservadoras e progressistas, culminando no golpe militar de 1964, reflexo também das tensões ideológicas internacionais da Guerra Fria. A Constituição de 1967, acompanhada da Emenda Constitucional de 1969, formalizou o regime autoritário, centralizando o poder e restringindo direitos fundamentais.

A redemocratização iniciada na década de 1980 resultou na promulgação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã. Esse texto, vigente até hoje, representa um marco na história do constitucionalismo brasileiro, consolidando direitos sociais, políticos e civis, além de estabelecer um Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988, fundada na cidadania e na dignidade humana, reflete um compromisso com a justiça social, a participação popular e a proteção dos direitos fundamentais, constituindo a base do ordenamento jurídico contemporâneo.

Esse período constitui a quarta fase do nosso pensamento constitucional, definida por Carvalho como “a do período liberal-social, abrangendo as Constituições de 1946, e a de 1988, com o hiato das de 1967/1969, em que houve retorno ao modelo estatizante e centralizador” (Carvalho, 2007, p. 260).

Em relação à Carta vigente, Kildare Carvalho enfatiza a “influência direta” no texto do doutrinador de Portugal Gomes Canotilho, e do “jusfilósofo socialista espanhol Elias Diaz” (Carvalho, 2007, p. 260), confirmando a influência de ideias internacionais.

Essa é a conclusão provisória: o constitucionalismo, incluído o brasileiro, é muito permeável às ideias difundidas no mundo político e social. Não se trata de um fenômeno estritamente normativo, mas depende da compreensão do mundo.

O termo constitucionalismo apresenta vários significados. Embora se enquadre numa perspectiva jurídica, tem alcance sociológico. Em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus

interesses e regras na condução do Estado. De qualquer modo, o constitucionalismo não pode ser entendido senão integrado com as correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX (Carvalho, 2007, p. 247).

A Constituição de 1988 está, pois, fundamentada em um conceito que muito supera a esfera estritamente jurídica: a dignidade da pessoa humana. Sua interpretação é diretamente dependente de correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX, como também de períodos anterior e posterior. Daí a escolha de um recorte temático que privilegia uma análise filosófica abrangente, na tentativa de recolocar a discussão constitucional no plano hierárquico da racionalidade do pensamento humano.

4 O FUNDAMENTO DO MUNDO

O pensar humano é axiomático e hierarquizado, baseado em duas ou três formas de organizar racionalmente o mundo, a partir de postulados — ideias não demonstráveis cientificamente, mas apenas pressupostas. Nesse sentido, nosso conhecimento, científico e empírico, é limitado pelo princípio da incerteza de Heisenberg (2011), que pode ser de natureza epistemológica, para os que fundamentam a existência no cosmos, ou ontológica, para os que a sustentam no caos, a depender do pressuposto filosófico fundamental do intérprete da natureza.

A gênese da Filosofia e do pensamento racional na Grécia está vinculada à Física, ao fundamento mais básico da realidade. Os chamados pré-socráticos atribuíram racionalidade às coisas por meio dos elementos água, ar, fogo, terra e éter. Depois foi sugerida a hipótese do átomo, a base da filosofia materialista.

Segundo Giovanni Reale e Dario Antiseri (2003), Tales de Mileto elaborou o conceito de princípio (*arché*) ou origem de tudo o que existe, dele derivando todas as coisas. Esse primeiro princípio está vinculado ao citado postulado ou axioma como característico do modo de pensar humano.

O materialismo decorre do princípio atomista, baseado nas ideias iniciais de Leucipo e Demócrito, que afirmam que o mundo é formado de corpos infinitos, invisíveis e indivisíveis: os átomos. Para Reale e Antiseri, "os atomistas passaram para a história como aqueles que puseram o mundo 'ao sabor do acaso'" (Reale; Antiseri, 2003, p. 46). Assim, a ordem, ou cosmo, seria accidental, já que a origem primordial do mundo, fundada na desordem, seria o caos. A norma fundamental é, desse ponto de vista, o acaso, este que dá validade à (ir)racionalidade do mundo. "A própria inteligência segue-se ao e não precede o composto atômico" (Reale; Antiseri, 2003, p. 46).

Os mesmos autores dizem que Platão defendia um princípio supremo Uno: a ideia de Bem, uma realidade suprasensível. A verdade, assim, referia-se ao mundo das ideias ou essências das coisas. "Deste modo, o mundo sensível aparece como cópia do mundo inteligível. O mundo inteligível é eterno, enquanto o sensível existe no tempo, que é imagem móvel do eterno" (Reale; Antiseri, 2003, p. 137).

A preocupação com a realidade última também está presente na doutrina jurídica. Montesquieu pressupunha um mundo ordenado, opondo-se à visão materialista da realidade, entendendo as leis como "as relações necessárias que derivam da natureza das coisas" (Montesquieu, 2010, p. 21), por inferir que existem leis para todos os seres: "Os que disseram que uma cega fatalidade produziu todos os efeitos que vemos no mundo disseram um grande absurdo: pois que maior absurdo há do que uma fatalidade cega que tivesse produzido seres inteligentes?" (Montesquieu, 2010, p. 21).

Em evidente oposição aos materialistas, Montesquieu sustentava uma lei da natureza "que, ao imprimir em nós mesmos a ideia de um Criador, nos leva a Ele, é a primeira das leis naturais pela importância, e não na ordem de suas leis" (Montesquieu, 2010, p. 23), já adotando, portanto, uma hierarquia no sistema normativo, ligada a um plano maior de existência. A função do Direito Político é regular a atividade de governantes e governados, dizendo que "a lei, em geral, é a razão humana",

que governa todos os povos, sendo que “as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares a que se aplica tal razão humana” (Montesquieu, 2010, p. 26).

Enfim, tais leis mantêm relações entre si; estão relacionadas à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. E segundo todas essas perspectivas que devem ser consideradas.

É o que tento fazer neste livro. Examinarei todas essas relações: elas formam juntas o que chamamos o espírito das leis (Montesquieu, 2010, p. 26).

Acima da hierarquia das normas, portanto, há uma ordem da razão.

O princípio da incerteza de Heisenberg (2011), vencedor do prêmio Nobel de Física de 1932, talvez imponha restrições à epistemologia humana, mas não significa que exista um indeterminismo ontológico na natureza. Ampliar seu significado para todo o conhecimento humano implica rejeitar a própria racionalidade do mundo:

[...] a suposição de que o princípio de indeterminação é uma lei final e absoluta que se deve aplicar a todos os processos que possam ocorrer no Universo acarreta o colapso da causalidade nos fenômenos que dependem significativamente das leis do domínio atômico (Bohm, 2015, p. 179-180).

O físico David Bohm entendia que a indeterminação como lei final não resultava de evidências teóricas ou experimentais, mas de opção filosófica, decorrente de uma crença em positivismo, operacionalismo e empirismo que dominavam o pensamento dos físicos no início do século XX.

Nota-se que a própria Física, assim como o Direito, está integrada a correntes filosóficas e ideológicas, de modo que a compreensão sobre a constituição do próprio universo é dependente de uma forma fundamental de raciocinar sobre as coisas. Como a Constituição remete aos fundamentos da sociedade,

sua significação sofre os efeitos das visões conflitantes sobre o universo.

A posição adotada pelo texto, portanto, sustenta o retorno à visão ontológica do mundo, no sentido de haver uma Lógica do Ser, um Logos que conecta intelectualmente tudo o que existe. “A evidência empírica mostra que a interconexão universal das coisas é tão clara que não pode ser questionada” (Bohm, 2015, p. 263), estabelecendo uma relação recíproca entre todas as coisas, em que cada uma afeta qualitativamente as outras.

Por isso um problema fundamental na pesquisa científica é descobrir quais coisas, num dado contexto e num dado conjunto de condições, são capazes de influenciar outras coisas, sem que elas mesmas sejam significativamente alteradas em suas qualidades, propriedades e leis básicas. No domínio considerado e com um grau adequado de aproximação, essas são as coisas cujas características essenciais são autônomas (Bohm, 2015, p. 264-265).

A análise de constitucionalidade de determinados temas é, então, afetada por questões que transcendem o plano jurídico, exigindo abordagem contextual, como na ponderação dos princípios, determinando qual deles deve influenciar a questão controversa e prevalecer na decisão, mantendo a unidade e o telos do sistema. No plano constitucional, não há autonomia do Direito em relação à Política ou à Filosofia, porque o vértice do sistema normativo aponta para a hierarquia máxima da racionalidade, que deve ser coerente e íntegra, mantendo-se a unidade, que é tanto intelectual como jurídica, na multiplicidade relacional dos eventos.

Defende-se a objetividade da Constituição, vinculada ao sistema de pensamento no qual formada, sem depender da vontade subjetiva do intérprete, rejeitando-se o relativismo como fundamento, inclusive moral, do universo.

Por conseguinte, mesmo que só se possa definir o modo de ser de cada coisa estabelecendo-se

relações com outras, não somos conduzidos ao ponto de vista da completa relatividade, pois ele implica que nosso conhecimento não contém nenhum conteúdo objetivo, definindo-se inteiramente como relativo a um observador ou a pre-concepções e modos (ou “estilos”) especiais de pensar, típicos de uma sociedade específica ou de uma época particular. Admitimos que todas essas coisas influenciam nosso conhecimento, mas também admitimos que há uma realidade objetiva, absoluta e única. [...] Eis, portanto, o caráter essencial da pesquisa científica: mover-se na direção do absoluto, ao estudar o relativo em sua diversidade e em sua multiplicidade inexauríveis (Bohm, 2015, p. 301-302).

O absoluto é a realidade fundamental, suprema. Sem um absoluto que seja cosmos, a racionalidade deixa de existir. Bohm (2015) enfatiza que negar a causalidade e a continuidade do movimento em todos os níveis possíveis, como na interpretação de Copenhague da Física quântica, sua vertente positivista, “implica aquilo que Bohr chamava de ‘traço irracional’ no processo de transferência de um quantum de um sistema para outro” (Bohm, 2015, p. 187). Tal negação compromete a racionalidade e repercute, em última análise, no mundo jurídico e, também, para a estabilidade do sistema político e normativo, dada a unidade pressuposta do pensar humano.

Ainda que os limites deste texto impeçam um debate sobre a força normativa do preâmbulo constitucional, é fato que o Deus que protegeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permanece como hipótese filosófica de fundamento da realidade, mesmo sob uma perspectiva estritamente científica:

I found myself briefly describing three key scientific discoveries that I thought jointly supported theistic belief – what I call “the return of the God hypothesis”: (1) evidence from cosmology suggesting that the material universe had a beginning; (2) evidence from physics showing that from the beginning the universe has been “finely tuned” to allow for the possibility of life; and (3) evidence from biology establishing that since the beginning large amounts of new functional ge-

netic information have arisen in our biosphere to make new forms of life possible – implying, as I had argued before, the activity of a designing intelligence (Meyer, 2021, p. 7).²

Existe uma história anterior e uma superior à Constituição vigente. Como afirma Häberle, “Leis constitucionais são dotadas não apenas de pré-história, mas também de pós-história” (Häberle, 1997, p. 42). É a continuidade do movimento humano desde suas origens, narrada com fundamento nas premissas sobre as quais pensamos as coisas e nos pressupostos filosóficos sustentadores do debate público.

Nem tudo pode ser comprovado cientificamente em sua totalidade; é necessário crer em uma ordem superior ou em um modelo de funcionamento do mundo, a partir das evidências disponibilizadas pela ciência. A fé não é algo alheio ao pensamento jurídico: “A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos” (Barroso, 2001, p. 18). Essa fé está associada a uma ideologia, definida como “um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade” (Barroso, 2001, p. 15).

Entre as hipóteses fundamentais – caos e cosmos – não há meio termo. A escolha entre elas é livre, fruto do arbítrio do sujeito, e não pode ser imposta.

Entretanto, talvez haja uma hierarquia entre elas, quanto à sua racionalidade. Para Stephen Meyer (2021), as propostas de mundo ligadas à moderna cosmologia, com ideias como multiverso, cujo fundamento filosófico é o caos, “now raise the

² Em tradução livre: “Percebi descrever sumariamente três descobertas científicas fundamentais que, em minha opinião, apoiavam a crença teísta – o que chamo de ‘o retorno da hipótese Deus’: (1) evidências da cosmologia sugerindo que o universo material teve um início; (2) evidências da física mostrando que desde o princípio o universo foi ‘sintonizado’ para permitir a possibilidade de vida; e (3) evidências da biologia estabelecendo que, desde o princípio, grandes quantidades de novas informações genéticas funcionais surgiram em nossa biosfera para tornar possíveis novas formas de vida – implicando, como eu já argumentei, a atividade de uma desenhista inteligente” (Meyer, 2021, p. 7, tradução própria).

possibility that we might well need such belief to have confidence in scientific rationality — and thus our ability to know nature at all” (Meyer, 2021, p. 406).³

O mundo jurídico sofre do pensamento fundado na fé que rejeita o cosmos e se ampara existencialmente no caos, cuja contribuição, se existiu, para a formação do constitucionalismo, por natureza, somente pode ter sido acidental.

A ideia de uma ordem superior está na base do pensamento de Kant, cujas propostas sustentam o positivismo e repercutem ainda hoje na filosofia jurídica:

Portanto, Deus e uma vida futura são, de acordo com os princípios da razão pura, pressupostos inseparáveis da obrigação que nos impõe essa mesma razão.

Constitui um sistema em si a moralidade, mas não a felicidade, a não ser enquanto distribuída em medida exatamente proporcional à moralidade. Todavia, isto é apenas possível no mundo inteligível, governado por um criador. A razão vê-se forçada a admitir um tal criador, assim como a vida num mundo que temos de encarar como futuro, ou a considerar as leis morais como vãs quimeras, já que a consequência necessária que a razão vincula a essas leis, sem estes pressupostos, está condenada a desaparecer (Kant, 2003, p. 574).

Mesmo em tempos de pós-positivismo, a lição de Kant continua atual ao afirmar que a racionalidade científica depende de determinados pressupostos filosóficos, notadamente a unidade transcendental da razão.

Esse debate permeia, oculto, as questões constitucionais, integradas, como visto, pelos temas mais profundos do conhecimento humano.

O materialismo científico, enfim, talvez não seja uma boa ideia, devendo ser repensada sua utilização no pensamento jurídico e constitucional. De acordo com a Física moderna,

³ Em tradução livre: “agora levantam a possibilidade de que podemos muito bem necessitar dessa crença para ter confiança na racionalidade científica — e, assim, em nossa própria capacidade de conhecer a natureza” (Meyer, 2021, p. 406, tradução própria).

é possível considerar falseada a proposta atômica, pois não existiriam átomos como sugeridos por Leucipo e Demócrito, conforme se infere do entendimento de Bohm (2008, p. 135) e Heisenberg (2011, p. 26-27), pelo que seu fundamento seria falho, uma vez que a lógica implícita da física quântica não mais considera a existência de corpos sólidos infinitos, invisíveis e indivisíveis, os quais seriam a origem de tudo mais, por seus encontros aleatórios e agregações; ou cega fatalidade, nas palavras de Montesquieu (2010). A indivisibilidade do quantum diz respeito a uma relação/interação, e não a uma composição/agregação material.

Pode-se dizer, logo, que, para haver razão, é mister pressupor uma unidade inerente aos fenômenos. A teoria da relatividade demonstrou tanto a existência de um contínuo material espaço-temporal — o que é muito distinto de ajuntamento de corpos indivisíveis/átomos — quanto a possibilidade de que a matéria mais básica possa ser transformada em energia ou radiação, que não é propriamente sólida. Experimentos quânticos, como o problema da medição, descrito pelo aparato da dupla fenda, comprovaram que nossa experiência material é dependente de uma opção mental.⁴ Além disso, o teorema da desigualdade de Bell, comprovado por experimentos que levaram ao prêmio Nobel de Física de 2022, demonstrou que a realidade possui uma natureza não local. Isso implica que a objetividade, se existe na Natureza, é não local, ou seja, não é o que se entende como material. Se existe unidade, ela é transcendental.

O físico Amit Goswami (2007, p. 84) alerta que o sucesso do materialismo atômico dos últimos três séculos pode ser, na verdade, uma grande aberração.

No mesmo sentido o entendimento de Werner Heisenberg:

⁴ A neurociência também sustenta que a experiência sensível é condicionada pelo aparato mental do sujeito, por sua atenção, seus pressupostos e paradigmas. James J. Gibson, por exemplo, na obra *The ecological approach to visual perception*, defende que o que é visto depende da postura e ação do sujeito.

Independentemente da decisão última, podemos mesmo afirmar agora que a resposta final (sobre a equação fundamental da matéria) estará mais próxima dos conceitos filosóficos expressos, por exemplo, no Timeu de Platão do que dos antigos materialistas. Tal fato não deve ser mal compreendido como um desejo de rejeitar de maneira muito leviana as ideias do moderno materialismo do século XIX, o qual, uma vez que pôde trabalhar com toda a ciência natural dos séculos XVII e XVIII, abarcou um conhecimento muito importante de que carecia a antiga filosofia natural. Não obstante, é inegável que as partículas elementares da física de hoje se ligam mais intimamente aos corpos platônicos do que aos átomos de Demócrito. [...] E, desde que a estrutura matemática é, em última análise, um conteúdo intelectual, poderemos afirmar, usando as palavras de Goethe no Fausto, ‘No princípio era a palavra’ — o logos. Conhecer este logos em todas as suas particularidades, e com total clareza em relação à estrutura fundamental da matéria, constitui a tarefa da física atômica de hoje e de seu aparelhamento infelizmente muitas vezes complicado (Heisenberg, 2011, p. 26-27).

Logos é um termo grego que pode significar “palavra”, “verbo”, “discurso” e “razão”, sendo feita na passagem acima citada uma clara referência ao quarto Evangelho, tradicionalmente atribuído a João: “No princípio era o Verbo e o Verbo estava com Deus e o Verbo era Deus” (Jo 1, 1) (Bíblia, 2013, p. 1842).

Eis, portanto, o caráter essencial da pesquisa científica: mover-se na direção do absoluto, ao estudar o relativo em sua diversidade e em sua multiplicidade inexauríveis. Conhecer esse logos em todas as suas particularidades, e com total clareza em relação à estrutura fundamental da ordem normativa humana, constitui a tarefa do constitucionalismo.

5 A CONSTITUIÇÃO COMO LOGOS

A ideia de Constituição, como a entendemos, é fruto de um longo processo de desenvolvimento de uma visão de mundo — uma cosmovisão — que aplica a Filosofia à Política e ao

Direito. O próprio Direito é, pois, consequência do que se pensa sobre a origem e finalidade do poder político, da humanidade e, finalmente, da própria existência de todas as coisas.

O constitucionalismo não trata de referendar uma vontade política particular, mas de realizar o melhor que a mente humana pode alcançar em termos teóricos. Esse algo melhor, ou superior, pode estar explicitamente declarado ou ser simplesmente pressuposto. Nesse sentido, como aponta Loewenstein (1979), os gregos e romanos não viam necessidade de formalizar a ordem fundamental da sociedade em um documento ou declaração formal – um desenvolvimento posterior do constitucionalismo. Segundo Loewenstein, para Platão, Aristóteles, Cícero e os estoicos: “Ellos tenían conciencia de un derecho superior que, conforme a la naturaleza, predominaba sobre todas las legislaciones humanas” (Loewenstein, 1979, p. 152).⁵

A exigência do texto escrito com normas fundamentais, surgida a partir da Revolução Puritana, vale salientar, teve origem espiritual/religiosa: “la representación bíblica del ‘pacto solemne’”⁶ (Loewenstein, 1979, p. 152). Nesse contexto, destacou-se a ideia de contrato social, um documento com as leis fundamentais da sociedade, com um “telos ideológico específico”: submeter à arbitrariedade de um detentor de poder único.

Para Rousseau, o contrato social é resultado da vontade geral, cujo objetivo é o bem comum, sendo a soberania, para ele, o exercício da vontade geral: “Resulta do que precede que a vontade geral é sempre reta e sempre tende para a utilidade pública” (Rousseau, 2013, p. 59). No entanto, Rousseau distingue a vontade geral da vontade do povo: “Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade

⁵ Em tradução livre: “Eles Tinham consciência de um direito superior que, segundo a natureza, predominava sobre toda a legislação humana” (Loewenstein, 1979, p. 152, tradução própria).

⁶ Em tradução livre: “a representação bíblica da ‘aliança solene’” (Loewenstein, 1979, p. 152, tradução própria).

geral: esta só considera o interesse comum, a outra olha para o interesse privado" (Rousseau, 2013, p. 59).

A vontade geral é entendida como uma unidade, algo que permanece, um logos eterno, porque apenas o que é eterno é sempre,⁷ como uma razão comum e inclusiva, decorrente da reunião dos homens em um só corpo, com vontade única, "relativa à conservação comum e ao bem-estar geral" (Rousseau, 2013, p. 173). A existência de vontade geral requer uma inteligência única, alinhada ao princípio Uno, "que na República denomina-se 'Bem'", situado no vértice da hierarquia das Ideias platônicas, como princípio de verdade e valor (Reale; Antiseri, 2003, p. 141-142).

Há uma moralidade implícita na ideia de um contrato social com os fins propostos por Rousseau, expressa na escolha pelo bem-estar e pela utilidade pública. Essa opção estabelece uma hierarquia (moral) entre bem e mal, em que o bem é superior. A ordem social pretendida pela Constituição é um bem, em contraposição à barbárie, um mal. Trata-se, portanto, de uma escolha moral entre valores distintos.

As opções morais, entretanto, também são decorrentes de arbítrios filosóficos. Alasdair MacIntyre (2012) identifica a existência de três versões rivais sobre a investigação moral, incomensuráveis entre si, decorrentes das formas de pensar associadas, fundadas em pontos de vistas fundamentalmente opostos, pelo que o debate a esse respeito é inevitavelmente inconclusivo. As versões rivais são associadas à tradição aristotélico-tomista, enfatizando a importância das práticas e narrativas históricas que moldam a vida moral; à genealogia da moral, de Nietzsche, questionando a neutralidade e a universalidade das normas morais, que emergem de contextos específicos de poder e luta; e à enciclopédia, com abordagem analítica, focalizando a busca por princípios morais universais e racionalmente justificáveis, tendo a moralidade como um conhecimento que pode ser organizado e sistematizado.

⁷ Deus possui a qualidade de sempre ser, da unidade absoluta, identificando-se como "Eu Sou" (Ex 3, 14) (Bíblia, 2013, p. 106).

Os embates políticos atuais decorrem, em grande parte, dessas divergências morais e políticas, que repercutem no constitucionalismo. Sua essência diz respeito à limitação do poder secular por meio de uma lei moral. Mas qual lei moral?

A unidade entre as normas morais e jurídicas também é desenvolvida na obra de Ronald Dworkin (2012), que rejeita o realismo moral e adota a postura do ceticismo moral interno, exigindo responsabilidade e integridade na interpretação moral. Ele salienta que, em um primeiro momento de seu pensamento, defendia um “quadro ortodoxo de dois sistemas. Admitia que o direito e a moral eram sistemas diferentes de normas e que a questão fundamental residia na maneira como interagem”, mas percebeu “que o quadro de dois sistemas do problema tinha falhas” (Dworkin, 2012, p. 411).

Eis sua nova compreensão, depois de 40 anos de estudos:

Rejeitamos o velho quadro que descreve o direito e a moral como dois sistemas separados e depois procura ou nega, infrutiferamente, interligações entre eles. Substituímo-lo por um quadro de um sistema; tratamos agora o direito como parte da moral política (Dworkin, 2012, p. 414).

O que se defende, prosseguindo na linha da unidade filosófica e no quadro de um sistema, que a moral política — que abarca o direito — e a realidade espiritual/religiosa integram a mesma unidade intelectual do conhecimento científico, em que a coerência abrange a totalidade do Ser (coisa extensa e coisa pensante).

Como a unidade filosófica também envolve a dimensão física, destaca-se o trabalho de David Bohm (2007), que entendeu a necessária relação entre matéria, mente e pensamento. Bohm (2007) argumenta que o pensamento dividido (materialista) da realidade dominou a mentalidade ocidental, atuando de forma autônoma, como um sistema reflexo. Assim, o pensamento tornou-se fragmentado e falho, incluindo o corpo, as emoções e a forma como nos comunicamos.

O que me refiro como “pensamento” é a coisa toda — o pensamento, o “que foi sentido”, o corpo, a sociedade como um todo partilhando pensamentos — tudo não passa de um único processo. É essencial para mim que isso não seja separado, porque tudo não passa de um único processo: o pensamento de alguém se torna meus pensamentos e vice-versa (Bohm, 2007, p. 29).

A falha não é local, mas geral, afetando o sistema de pensamento como um todo, que fragmenta o mundo em nações e coisas separadas. Esse sistema opera como um instinto, como um espírito de separação ou “diabólico” em sua etimologia, contrapondo-se ao espírito santo, que é são, coerente e íntegro e promove a união da humanidade. Em termos constitucionais, o conceito de espírito santo equivale à vontade geral, sempre reta e voltada para a utilidade pública. O constitucionalismo, entretanto, sofre os efeitos de espírito de separação, carecendo de espírito santo.

O espírito de divisão está inserido na cultura, tornando-se difícil ser percebido. Superá-lo exige força mental para notar o erro da fragmentação e recuperar a estrutura normativa que deriva da consciência coletiva do povo.

Por isso, o primeiro mandamento determina que a comunidade deve ser guiada pela vontade geral para realizar seus valores fundantes, exigindo, no conceito de Konrad Hesse (1991), a prática de uma vontade de Constituição. Essa vontade deve ser efetivada principalmente nos comportamentos públicos, mas também nos privados, como Cristo, fazendo a vontade do Pai, do Logos: “não seja como eu quero, mas como tu queres”; “seja feita a tua vontade” (Mt 26, 39; 42) (Bíblia, 2013, p. 1752). Respeitar e cumprir a Constituição constitui o moderno sacrifício religioso, a adoração ao Logos em espírito e verdade (Jo 4, 23) (Bíblia, 2013, p. 1851). A vontade de Constituição é que sua inteligência, seu Logos, seja buscada de alma e entendimento pelo intérprete, que deve ser seu praticante e sua encarnação, incluindo o amor ao próximo e o respeito ao fundamento da dignidade humana.

Alcançar a consciência coletiva e superar a incoerência exige uma visão conjunta da realidade, religiosa em sua autêntica etimologia.

Para uma visão conjunta, necessitamos do diálogo. Individualmente, uma pessoa pode ter uma visão; mas precisamos dela juntos, porque agora a civilização atingiu uma etapa na qual não consegue proceder de outra maneira. No geral, necessitamos disso de qualquer maneira; no entanto, precisamos disso agora mais do que nunca (Bohm, 2007, p. 199).

A palavra diálogo significa, etimologicamente, através, ou por meio, de logos.

Segundo a teologia cristã, Deus é o Logos, que habita a humanidade:

Há um só Corpo e um só Espírito, assim como é uma só a esperança da vocação a que fostes chamados; há um só Senhor, uma só fé, um só batismo; há um só Deus e Pai de todos, que está acima de todos, por meio de todos e em todos. [...] Por isso abandonai a mentira e falai a verdade cada um ao seu próximo, porque somos membros uns dos outros. (Ef 4, 4-6; 25) (Bíblia, 2013, p. 2.043-2.044).

Essa é a interpretação do mundo físico segundo Bohm (2007, p. 29), cujo entendimento pode ser fundido à citação bíblica acima: somos membros uns dos outros, o corpo, a sociedade como um todo partilhando pensamentos, tudo um único processo, o que resulta do pressuposto e da fé na existência de unidade, não se tratando de fé cega, mas baseada em evidências dadas pela física moderna.

A atual assembleia dos cidadãos (*ekklesia*⁸), ou Estado, fundamenta-se na dignidade humana, um fato que depende histórica, causal e racionalmente da pessoa de Jesus de Nazaré, o filho de Maria, chamado Cristo.

⁸ *Ekklesia* é a palavra grega que deu origem ao termo Igreja.

O longo desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial. Sob uma perspectiva religiosa, o monoteísmo hebraico tem sido considerado como o ponto inicial: a unidade da raça humana é o corolário natural da unidade divina. As ideias centrais que estão no âmago da dignidade humana podem ser encontradas no Velho Testamento, a Bíblia judaica: Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança (Imago Dei) e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo com a si mesmo. Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão (Barroso, 2012, p. 14-15).

Mark Smith afirma o grande diferencial do logos bíblico: “Em vez de reduzir Yahweh a termos humanos mediante um retrato antropomórfico, Gn 1, 26-28, engrandece a pessoa humana em termos divinos” (Smith, 2023, p. 220).

A transmissão dessa qualidade divina para a humanidade passa, histórica, causal e racionalmente, pelo evento Cruz – a Crucificação de Jesus, condição de existência da Constituição de 1988 em seu conceito, pois desse evento depende o fundamento de seu fundamento, é sua pedra angular.

A hierarquia normativa, que coloca a Constituição como o escalão mais elevado do Direito positivo, encontra-se dentro de uma hierarquia maior. O conjunto conceitual da unidade da realidade exige a interpretação dessa hierarquia, adequando os acontecimentos às ideias, tipos ou categorias, derivados do primeiro princípio (*arché*). A atividade intelectual humana é interpretativa.

Todo aquele que vive o contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles

o monopólio da interpretação da Constituição (Häberle, 1997, p. 15).

O trabalho do constitucionalista é, portanto, hermenêutico, e a interpretação depende de um paradigma ou “mapa de mundo”. A atividade hermenêutica carrega um modelo metafísico, expresso ou oculto, um padrão de funcionamento das coisas, uma ideia da realidade com suas ligações filosóficas e teológicas.

A história da hermenêutica nos ensina que junto com a hermenêutica filológica existiram também uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica, e que somente as três juntas perfazem o conceito pleno de hermenêutica. Uma das consequências do desenvolvimento da consciência histórica nos séculos XVIII e XIX foi a desvinculação da hermenêutica filológica e da historiografia de seu vínculo com as outras disciplinas hermenêuticas, estabelecendo-se autonomamente como teoria metodológica da investigação das ciências do espírito (Gadamer, 2008, p. 407).

Gadamer (2008) defende a interpretação como um fenômeno unitário, cognitivo, normativo e reprodutivo e atribui à Filosofia a seguinte tarefa: “voltar a determinar a hermenêutica das ciências do espírito a partir da hermenêutica jurídica e da hermenêutica teológica” (Gadamer, 2008, p. 410).

A hermenêutica teológica abrange questões relacionadas ao mundo natural e ao primeiro princípio que rege o universo como um todo, seja ele o caos ou a inteligência, conforme as escolhas fundamentais. Entre as principais posturas sobre o fundamento do mundo estão o logos, o multiverso (versão moderna do atomismo) e alguma forma de positivismo.

Contudo, em uma sociedade aberta de intérpretes, como propõe Peter Häberle (1997), fundamentada na filosofia de Karl Popper, é exigido um parâmetro para falsear as hipóteses científicas — o que vale também para o constitucionalismo: “Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência” (Häberle, 1997, p. 40). Na

citada obra, referido jurista alemão observa: “No mais, subsiste a tarefa fundamental de desenvolver a teoria da ciência de Popper de uma perspectiva teórico-constitucional e prática, no contexto de uma teoria da Democracia e, ao mesmo tempo, da teoria da norma e da interpretação” (Häberle, 1997, p. 40).

É o logos o que está aí subentendido, conferindo unidade intelectual à sociedade e servindo de medida da falsidade. Paradoxalmente, na proposta de Popper (2013), há uma verdade necessária a regular o que será falseado, uma verdade pressuposta, permanente, que continua verdade enquanto os erros são falseados.

A exigência de que a hipótese falseadora seja empírica e, portanto, falseável, significa apenas que ela deve colocar-se em certa relação lógica para com possíveis enunciados básicos; contudo, essa exigência apenas diz respeito à forma lógica da hipótese. O requisito de que a hipótese deva ser corroborada refere-se a testes a que ela tenha sido submetida – testes que a confrontam com enunciados básicos aceitos (Popper, 2013, p. 76).

Popper afirma que a questão dos postulados básicos aceitos pode levar a uma regressão infinita, resolvida pela existência de “simples regras de aceitação dos enunciados básicos” (Popper, 2013, p. 76), o que torna, logicamente, absolutos os enunciados básicos enquanto tais. Oculta está a necessidade de manutenção de uma mesma lógica, dada a preocupação do autor com certa relação lógica e com a forma lógica da hipótese científica.

Conforme exposto por Giovanni Reale, o próprio Popper adotou uma “ideia reguladora”, ou “verossimilitude”, como uma ideia “metalógica” capaz de conferir ao “falibilismo alcance epistemológico” (Reale, 2014, p. 66).

O caso de Popper era esclarecedor: mesmo “separada” da ciência, a metafísica tem um papel importante para a prática científica, e aliás até justifica essa mesma prática atuando como “ideia reguladora”. Se não fosse assim, a inves-

tigação científica ficaria reduzida a puro “jogo” sem nenhum vínculo com o real (Reale, 2014, p. 65).

A aceitação dos enunciados básicos como ideia reguladora ou metalógica remete ao que já foi dito sobre os axiomas ou pressupostos fundamentais do pensamento racional. Defende-se aqui que o melhor enunciado básico, ou ideia reguladora, é o Logos.

Assim, o controle de constitucionalidade é, logicamente, o máximo controle lógico da norma, o que permite compreender a Constituição como Logos.

6 CONCLUSÃO

A Constituição é uma construção histórica, fruto de uma forma de pensar humano, que pode ser contada desde suas origens religiosas até a formulação contemporânea de Kelsen (1998), tendo-a como ponto hierárquico superior do sistema normativo. Ela está inserida, por sua vez, em outra hierarquia maior, racional e filosófica. Ao analisar a Constituição em toda a sua complexidade, ela pode ser compreendida como o próprio Logos fundante da racionalidade humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, set. 2001, p. 11-47.

- BÍBLIA. *Bíblia de Jerusalém*. São Paulo: Paulus, 2013.
- BOHM, David. *Causalidade e acaso na física moderna*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.
- BOHM, David. *O pensamento como um sistema*. São Paulo: Madras, 2007.
- BOHM, David. *Totalidade e a ordem implicada*. São Paulo: Madras, 2008.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GIBSON, James J. *The ecological approach to visual perception*. New York: Psychology Press, 1986.
- GOSWAMI, Amit; REED, Richard E.; GOSWAMI, Maggie. *O universo autoconsciente: como a consciência cria o mundo material*. Tradução de Ruy Jungmann. São Paulo: Aleph, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- HEISENBERG, Werner. A descoberta de Planck e os problemas filosóficos da física atômica. In: BORN, Max et. al. *Pro-*

blemas da física moderna. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 9-27.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

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

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

MACINTYRE, Alasdair. *Three rival versions of moral enquiry: encyclopaedia, genealogy, and tradition*. Notre Dame: Notre Dame Press, 2012.

MEYER, Stephen C. *Return of the God hypothesis: three scientific discoveries that reveal the mind behind the univers*. New York: HarperCollins Publishers, 2021.

MONTESQUIEU, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

REALE, Giovanni. *O saber dos antigos: terapia para os tempos atuais*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: filosofia pagã antiga*. São Paulo: Paulus, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

RUKEYSER, Muriel. *Out of silence: selected poems*. Edited by Kate Daniels. Evanston: TriQuarterly Books, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SMITH, Mark S. *História primitiva de Deus: Yahweh e outras divindades no antigo Israel*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2023.

200
anos



A RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

THE LEGAL RELEVANCE OF MATERIAL LIMITS TO CONSTITUTIONAL REVISION POWER

Vinícius Miranda Gomes¹

RESUMO

Pretende-se identificar a relevância jurídica dos limites materiais do poder de revisão constitucional a partir da ideia de um poder de revisão limitado, subordinado e condicionado ao poder constituinte. Explora-se a tensão entre a continuidade e a evolução da ordem constitucional como virtudes de estabilização da própria norma. Reflete-se acerca das funções e do alcance da proteção a esses limites, também nominados cláusulas pétreas. Ao final, ancorado no respeito à centralidade do princípio democrático, faz-se uma abordagem da forma de atuação da justiça constitucional nessa matéria, que se defende de autocontenção, tendo como base normativa constitucional a Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional; poder constituinte; poder de revisão constitucional; limites materiais; justiça constitucional.

ABSTRACT

The article aims is to identify the legal relevance of the material limits to the constitutional revision power based on the idea of a limited, subordinate, and conditioned revision power in relation to the constituent power. It explores the tension between the continuity and evolution of the constitutional order as virtues

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mestre em Direito no Perfil de Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. E-mail: viniciusmgomes68@gmail.com.

of stabilizing the norm itself. It reflects on the functions and the scope of protection of these limits, also referred to as "entrenchment clauses." In the end, grounded in respect for the centrality of the democratic principle, an approach is made to the way constitutional justice acts in this matter, which we defend as self-restraint, based on the constitutional framework of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Constitutional Law; constituent power; constitutional revision power; material limits; constitutional justice.

1 INTRODUÇÃO

Muito já se escreveu sobre o poder constituinte e o poder constituído, entre eles o poder de revisão constitucional e seus limites formais e materiais. Esse debate, todavia, não parece esgotado, na medida em que os titulares do poder de revisão no Brasil levam a sucessivas reformas a Constituição. Designadamente, são 134 (cento e trinta e quatro) emendas,² em quase 36 (trinta e seis) anos da Constituição da República de 1988 (CRB88).

Com efeito, um dos pontos cruciais desta temática é o debate acerca da relevância jurídica dos limites materiais do poder de revisão, que nos permite compreender melhor o fenómeno da revisão constitucional a partir do modelo adotado de Constituição rígida, bem como apontar o alcance, as funções dos limites materiais e de intervenção da justiça constitucional nesse tema.

O problema dos limites materiais da revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que seria já conversão em Constituição diferente. Por detrás dele, encontra-se uma

² Até 30 de setembro de 2024, além das 6 (seis) emendas de revisão publicadas em 9 de junho de 1994, decorrentes da Revisão Constitucional de 1993 prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República do Brasil.

iniludível tensão dialética entre transformação e subsistência e entre aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime caráter e razão de ser à Constituição (Miranda, 2007, p. 236).

Com isso em vista, abdicam-se de análise outras formas de modificação da Constituição, como mutação constitucional, costume, desuso, derrogação, transição, revolução, ruptura não revolucionária, suspensão.

A título de aproximação, será abordada a natureza jurídica do poder constituinte e poder constituído, pontuando a dicotomia entre continuidade e evolução constitucional e a ruptura constitucional em face da barreira dos limites ao poder de revisão.

Em seguida, buscar-se-á descrever a relevância jurídica dos limites materiais ao poder de revisão, seu alcance e função. Por fim, na conclusão, refletir-se-á acerca do papel da justiça constitucional nesse cenário de revisão constitucional e os limites da atuação dos tribunais constitucionais, tendo como norte o princípio democrático e a separação de poderes.

2 O PODER CONSTITUINTE E O PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

O poder constituinte, devido à sua singularidade e potência transformadora, não é um fenômeno que ocorre comumente em certa comunidade. Jorge Miranda (2007, p. 100) utiliza a expressão “em tempos de *viragem histórica*”.

Para se chegar ao ponto de romper com o quadro normativo anterior, ou se está diante de uma crise política insuperável, a revelar a necessidade de mudança, ou são aquelas situações que não se repetem ao longo do tempo, de consenso político, que demonstra a necessidade e a possibilidade de outra escolha. São sempre circunstâncias especialíssimas, de exceção, dir-se-iam até perigosas, seja pelas marcas indeléveis de uma revolução, seja quando consensual, já que a concentração desse poder é grande, o que nem sempre leva

às melhores escolhas políticas ou às escolhas materialmente mais justas, em que pese sua legitimidade para as decisões.

A questão das escolhas políticas relembra o multicitado paradoxo da democracia ou, como prefere Gomes Canotilho (2003, p. 74 e 1.449), “paradoxo intergeracional”: cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores.

Com relação à definição para Poder Constituinte, as concepções passam pela pré-compreensão de que cada um deles tem em saber se seria o Poder Constituinte um poder político, cuja matriz conceitual é atribuída pelos autores a Carl Schmitt (1982) (Brito, 2003; Bonavides, 2003); ou um poder jurídico, com concepção juspositivista clássica (Kelsen, 1990) e a de inspiração jusnaturalista.³

Digna de nota, a posição intermédia de Melo Alexandrino (2015), que não questiona o poder jurídico do constituinte, em razão de sua potência fundadora de uma nova Constituição em sentido material, mas que não desconsidera o caráter de autoridade e, portanto, o sentido político.

Em uma ou outra concepção, haverá sempre de existir, para que seja poder constituinte, o rompimento com a ordem jurídica anterior de um Estado, instituindo uma nova organização política de sociedade, um novo estatuto jurídico do poder político. Que seja esse poder fundante uma manifestação rara de vontade política de ordenação do Estado, capaz de produzir normas de hierarquia superior, que servirão como fundamento de validade e referência de todas as demais normas do ordenamento estatal.

O poder constituinte não é diferente dos demais poderes porque cria ou revoga normas constitucionais, até porque o poder de revisão também faz isso. A marcante diferença está na criação integral da lei fundamental. E é justamente por essa justaposição ou proximidade entre o político e jurídico,

³ Jorge Miranda (2007, p. 100), para quem o poder constituinte material precede o formal, lógica – “a ideia de Direito precede a regra de Direito”; de forma semelhante, a concepção do poder jurídico, preferindo a denominação poder de direito, em contraposição a poder de fato (Ferreira Filho, 2012).

porquanto não entendemos como separá-los no momento histórico de feitura de uma nova Constituição, que se adota uma posição intermédia de poder constituinte, conforme visto acima.

A doutrina juspositivista, seja como poder político ou como poder jurídico, recusa limites como grandezas jurídicas anteriores ao nascimento da Constituição vigente. Admite a adoção de certos princípios, como o chamado direito cogente, mas não como princípio heterônomo, senão como derivado da autoridade constituinte, com o mesmo valor constitucional que os demais princípios constitucionais. No mais, seria o poder fundacional verdadeiramente ilimitado e incondicionado, não devendo tributo material a qualquer outra norma de referência.⁴

A questão da titularidade não parece trazer maiores dificuldades, visto que a Constituição traz tal normatividade de forma bem clara: art. 1º, parágrafo único, da CRB88: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (Brasil, 1988). Sendo assim, não poderia ser diferente na doutrina, ao atribuir ao povo a titularidade do Poder Constituinte. O sentido de povo que se pretende utilizar aqui é explicado mais uma vez por Gomes Canotilho (2003, p. 75), concebido em sentido político ou "grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política".

No que diz respeito ao poder de revisão constitucional, é uma das manifestações do poder constituído e, como tal, é um poder limitado, subordinado e condicionado. Assim, não há dúvidas de que seja um poder jurídico, cujo fundamento de validade é a própria Constituição.

São os limites materiais e formais para a revisão verdadeiros condicionantes jurídicos, que diferem, em tudo, do poder constituinte. A concepção majoritária entende o poder

⁴ Questões relativas a direitos humanos, segurança e paz internacional são assuntos que o poder político, dentro de um estado de direito não pode desconsiderar, sob pena de violar regras e princípios que permitam uma convivência internacional respeitosa, sem que se trate de uma limitação heterônoma ao poder constituinte.

de revisão como aquele capaz de alterar o texto constitucional, nos limites impostos pela própria Constituição (Schmitt, 1982). Nesse sentido, ocorreria um processo de evolução estável, incapaz de alterar a expressão nuclear de alguns princípios estabelecidos pelo poder constituinte (Pedra, 2005; Brito, 1997).

Pode-se dizer que o poder de revisão, com seu procedimento e limitações alçadas pelo poder constituinte, transita em meio ao dilema da inalterabilidade do texto, que é condição para a segurança jurídica, e a não banalização das modificações, sendo estas também necessárias para abarcar o contexto real de evolução fática. É concebido como um poder absolutamente extraordinário, à medida que investe da possibilidade, limitada, de alterar o texto constitucional, sem alterar sua identidade.

3 REVISÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DA CONSTITUIÇÃO

Percebemos que a revisão constitucional atende a uma função primordial de garantia da Constituição, quase que de forma paradoxal, já que a previsão dos limites materiais deste poder revisional traz em si mesmo uma dualidade antagônica: a tensão entre a necessidade de preservação da Constituição e a imperiosidade de mudanças que acompanhem a dinâmica social.

3.1 Segurança jurídica e realidade constitucional: entre a continuidade e a flexibilidade

De um lado, esse poder de revisão é dificultado e, como tal, imbricado com o conceito de rigidez constitucional, o que admite vislumbrar a sua própria estabilidade, tanto no sentido temporal, quanto de segurança jurídica. Por outro lado, é nesse poder que encontramos o mecanismo para dar dinamicidade à Constituição, permitindo-a acompanhar o andar da realidade política, social e econômica.

Konrad Hesse (1991, p. 22) adverte que “a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”. É, portanto, perfeitamente factível, quando não imperiosa, a atuação do poder de revisão constitucional sem o rompimento com a ordem jurídica vigente, sob pena de se impor às novas gerações apenas duas possibilidades: (i) o rompimento com a ordem anterior em caso de necessidade de mudança; (ii) a frustração de ter que conviver com tal situação, ou seja, o modelo imposto pelas gerações anteriores, em franca dissintonia da realidade.

Segundo Gomes Canotilho, própria Constituição dispõe de mecanismos para garantir o binômio continuidade/mudança.

Ao estabelecerem princípios e procedimentos socialmente institucionalizados, os textos constitucionais procuram assegurar a ‘segurança’, ‘certeza’, ‘vinculatividade’ e ‘calculabilidade’, indispensáveis a qualquer ordem jurídica [...]. Ao introduzirem procedimentos de mudança (ex.: normas de revisão) as constituições introduzem *no estatuto jurídico do político horizontes* temporais diferenciados que lhes permite continuar a assegurar um eventual consenso intergeracional e evitar uma insustentável distância entre a Constituição escrita e a Constituição material (Canotilho, 2003, p. 1.435-1.436).

A continuidade da ordem constitucional é uma evidente necessidade e, até certo ponto, decisiva para estabilização da lei fundamental do Estado, compreendido como estatuto jurídico do poder político, de tal forma que estabelece princípios que organizam e limitam o poder, tudo para garantir a observância de direitos fundamentais.

Essa ação do legislador não é de todo livre e deve ser feita conforme a Constituição. Isso porque a Constituição confere ao poder político certo sentido, certa organização e determinados limites que não visam ao seu congelamento, mas à sua conformação ao núcleo fundamental da Constituição, evitando

decisões tomadas por maiorias voláteis, nominados “desvios plebiscitários” (Brito, 2000, p. 164).

3.2 Os limites do poder de revisão

Quanto às limitações do poder de revisão, podem ser formais, circunstanciais, temporais e materiais. O grau de rigidez de uma Constituição é medido pelas dificuldades para sua reforma. A rigidez favorece a conservação do texto constitucional e protege as minorias.

As limitações formais (art. 60, I, II e III, e § 2º e § 3º da CRB88) dizem respeito ao rito, indicando sua especificidade em comparação aos demais processos legislativos. Visam não somente dificultar a aprovação, como também propiciar uma discussão mais ampla dos parlamentares, das maiorias e minorias, bem como de toda sociedade civil organizada.

As limitações circunstanciais (art. 60, § 1º) dizem respeito a determinados momentos em que não se deve tratar de assuntos relevantes, como as reformas constitucionais, dado a excepcionalidade do contexto fático. São os casos de exceção e de limitação da liberdade e autonomia, intervenção federal, estados de defesa e de sítio. A produção de norma constitucional exige serenidade, estabilidade e equilíbrio, atributos afetados nesses momentos.

As limitações temporais (art. 60, § 5º) estão afetas aos prazos entre uma e outra revisão constitucional, o que não impede a utilização do poder de revisão extraordinária, sem limitação de prazo, entretanto com quórum agravado. O prazo de reflexão é sempre saudável para uma sociedade, de modo que não seja a Constituição impulsionada por maiorias voláteis, passageiras, muitas vezes tendenciosas de um campo ideológico que não reflete a estabilidade que se espera no terreno constitucional e tampouco a necessidade de tal ou qual matéria ser revista ou acrescida no texto.

Com isso em vista, este artigo tem como foco o estudo dos limites materiais, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60,

§ 4º), que, em linhas muito gerais, são enunciados normativos (nomeadamente princípios) que elencam um conjunto de matérias que o poder constituinte distinguiu de todas as demais, qualificando-as, expressamente, como não passíveis de revisão e que, por essa razão, não deixam margem de dúvidas que são fundamentais para a garantia do que se entende como a identidade da ordem constitucional.

4 A RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS LIMITES MATERIAIS DO PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Claramente estamos diante de uma Constituição rígida. Assim, a questão é saber até que ponto se dá essa rigidez, se os limites materiais podem ser subtraídos e, por último, qual o alcance desses limites materiais. Conforme apontado, tudo indica a necessidade de atender aos reclames de uma sociedade em evolução, sem, contudo, mudar a identidade da Constituição ou o seu núcleo, que a distingue de outras concepções políticas.

O debate que envolve as cláusulas pétreas não é recente, mas, paradoxalmente, não deixa de ser atual, se levarmos em consideração os seguintes aspectos: o contexto de crise, quando os direitos sociais são normalmente os primeiros a sofrerem questionamentos fáticos e jurídicos; a instabilidade permanente nos países da América Latina, e as cambaleantes democracias a envolver o primado das liberdades e garantias individuais; além das questões relativas à internacionalização das constituições.

Não há espaço, nesse estudo, para avançar no debate doutrinário sobre as diversas teses acerca desse tema, já que a doutrina brasileira se acomoda na tese da relevância absoluta dos limites materiais, com alcances diversos.

A tese da relevância absoluta dos limites materiais do poder de revisão tem como base a diversa identidade entre poder constituinte - soberano, condicionante, ilimitado juridicamente, fundacional - e poder de revisão - limitado, condicionado e subordinado ao primeiro, cujo fundamento de

justificação está na superioridade do primeiro como potência criadora da Constituição.

Os limites materiais, assim entendidos, visariam garantir o núcleo que identifica um modelo de Constituição, um conjunto de matérias que o poder constituinte elegeu como essenciais ou fundamentais, basicamente normas principiológicas, estruturantes de um Estado de Direito, ou seja, a essência de uma Constituição em sentido material.

Os limites materiais representam a garantia da permanência da Constituição em sentido material, que se encontra insita na Constituição em sentido formal, traduzem a durabilidade dos princípios que conformam substancialmente um certo texto constitucional (Souza, 1979, p. 82).

Quando o poder criador da norma, o poder constituinte, diz que tais matérias não são suscetíveis de reforma, o sentido é indicar uma não competência, ou uma competência negativa do poder reformador, que, no fundo, não tem outra razão senão garantir a identidade da Constituição contra maiorias voláteis, ainda que levadas a termo por maiorias qualificadas. Ao igualar esse conjunto de matérias à estatura exclusiva do poder constituinte, cuja diversidade qualitativa do poder de revisão já foi destacada, faz sentido concordar com a doutrina que assinala a superioridade normativa das próprias disposições dos limites, em face das demais normas constitucionais (Canotilho, 2003; Brito, 2000).

Decorre de sua superioridade hierárquica, a própria inalterabilidade, ainda que não prevista expressamente, a irrevisibilidade de todas as normas de limites, sejam os formais, sejam os materiais (Alexandrino, 2006; Moraes, 2002), sendo possível extrair o conteúdo útil de todos os limites expressos.

Aqueles que são contrários à concepção, trabalham com a ideia de que essa rigidez poderia levar a uma ruptura constitucional provocada pelo dinamismo das relações humanas. A essas críticas, Gomes Canotilho (2003, p. 1.073) sugere que a solução estaria no "desenvolvimento constitucional", que seria

uma forma de evolução da Constituição por meio de uma nova compreensão de direitos fundamentais, indicando a preocupação do autor com a chamada “garantia da identidade reflexiva”, que significaria “dotar a Constituição de capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos”.

Ao adotar a concepção da relevância jurídica absoluta dos limites materiais, todavia focando na possibilidade de uma abertura dos limites serem uma necessidade para garantia da continuidade da Constituição, sustenta-se, em acordo com outros autores, como Melo Alexandrino (2006), a possibilidade de alterar a configuração das cláusulas, sem quebra do núcleo rígido da Constituição. A finalidade principal da revisão é a abertura, para atualização dinâmica dos compromissos básicos, adaptando as exigências da realidade social e política sem prejuízo da delimitação negativa operada pelos limites materiais.

5 A QUERELA SOBRE A EXISTÊNCIA DOS LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS

De forma simplificada, a questão da aceitação ou não da existência dos limites materiais implícitos ao poder de revisão diz respeito à posição que se adota acerca da interpretação mais ou menos alargada sobre as cláusulas limitadoras previstas na Constituição.

Desse modo, este artigo assume a concepção de que os limites materiais, dado o seu caráter contramajoritário, devem ser interpretados de maneira restritiva (Martins, 1995), do contrário, o operador do direito estaria a abarcar, nessa moldura, situações jurídicas não pretendidas pelo constituinte, comprimindo a democracia.

A concepção contrária, de que os limites materiais devem ser interpretados de forma extensiva, acaba por enrijecer, de forma demasiada, a Constituição, dificultando o atendimento do “plebiscito cotidiano” (Sarlet, 2012; Morais, 2002), que é fruto das mutações sociopolíticas. Para essa doutrina, para além do

rol previsto na Constituição de princípios protegidos, ampara-se em outros princípios, como do Estado Social, para abarcar outros direitos não protegidos expressamente pela Constituinte. E qual seria o perigo dessa concepção?

O distanciamento da norma posta da realidade social, tendente a causar um desgaste da Constituição, a ponto de ela deixar de reger o mundo dos fatos de forma convincente e aceitável, fenômeno que a doutrina chama de ruptura constitucional (Miranda, 2007; Moraes, 2002). Aqui se encontra a virtude da interpretação restritiva das cláusulas de limites materiais, qual seja capacitar a Constituição a adaptar-se aos desígnios sociais sem comprometer o núcleo que a identifica, ou melhor, identifica sua essência. No fundo, sua função principal é possibilitar a revisão como forma de garantir a continuidade, reduzindo a chance de uma ruptura.

6 AS FUNÇÕES DOS LIMITES MATERIAIS

A primeira função dos limites materiais, citada com certa frequência na doutrina, é a de garantir a Constituição, conferindo-lhe estabilidade, ao evitar que o núcleo principal, que identifica a Constituição em sentido material, seja objeto de mudanças pelo poder revisor.⁵

A Constituição em sentido material pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas fundamentais que regulam a organização do poder político do Estado, os direitos e liberdades das pessoas, bem como a fiscalização do acatamento dessas normas por parte do poder político (Alexandrino, 2006, p. 178).

Por outro lado, proteger essa mesma Constituição em face do poder público, preservando assim as decisões fundamentais do poder constituinte, as quais, se alteradas, transformariam a Constituição em outra, usurpando o poder constituinte.

⁵ Adotando o termo “garantia do núcleo identitário” da lei fundamental (Moraes, 2002, p. 75; Brasil, 2006b).

Entrelaçada a essa função, tem-se, também, a necessidade de flexibilizar a Constituição, permitindo que ela acompanhe a evolução natural da sociedade que regra sem o risco de se desajustar dos influxos sociológicos, culturais, econômicos e políticos, de se aproximar, no limite, de sua ruptura. É, aqui, como foi exposto no capítulo anterior, que se encontra uma das maiores virtudes da interpretação restritiva dos limites materiais, rejeitando a tese dos limites materiais implícitos.

Como dito anteriormente, essas duas funções impedem a ruptura constitucional, seja garantindo o núcleo principal que dá moldura e sentido à Constituição, seja permitindo que ela não perca seu valor diante das mutações socioeconômicas e políticas.

A doutrina cita outras funções dos limites materiais, conforme Alexandrino: clarificação da positividade de certos limites; individualização, para efeitos de controle de constitucionalidade dos conteúdos normativos infringidos; advertência política; e assinalar a superioridade normativa dessas mesmas disposições de limites (Alexandrino, 2006). Vejamos o que elas significam.

A primeira indica um reforço dado pelo constituinte, mostrando, de forma clara ao intérprete, elementos jurídicos que ele, titular desse poder, entendeu como fundamentais para a existência da própria Constituição, tal como concebida politicamente. É natural que a existência, na Constituição, de limites materiais explícitos – cláusulas pétreas – retire qualquer chance de especulação sobre o valor dessas normas principiológicas.

Uma grande demonstração dessa importância é a discussão em torno da existência de limites implícitos e, mais ainda, quais seriam eles. É exatamente a divergência da doutrina sobre quais seriam os limites implícitos que expõem a fraqueza dessa concepção, pois, quem teria autoridade e legitimidade para definir até que ponto tal norma é protegida pelas cláusulas pétreas?

A segunda função em destaque compatibiliza a ideia de referência aos operadores do direito, na medida em que indica o núcleo rígido da Constituição, não necessariamente o único. É um grande instrumento de interpretação e preservação do núcleo de valores que dão identidade à Constituição (Moraes, 2002, p. 62). Entendemos que se aqui faz referência aos princípios estruturantes do Estado de Direito e à dignidade da pessoa humana, como referência aos poderes constituídos.

A nossa compreensão quanto à terceira função assinalada, advertência política, é de que ela sustenta o caráter de proteção contra abusos do poder político, na medida que, conforme Gomes Canotilho (2003), vincula, em termos jurídicos, e não só políticos, o poder do Estado, mormente em relação ao indivíduo. Visa impedir que o legislador se aproveite do poder de revisão para ultrapassar o núcleo essencial de qualquer direito protegido pela cláusula de irrevisibilidade.

A quarta função seria a de assinalar sua própria superioridade normativa, uma espécie que certifica a superioridade do legislador constituinte, não cabendo ao legislador reformador autorizar a sua ofensa e muito menos revogá-las.

Em suma, os limites sugerem a necessidade de garantia de certa concepção política eleita no momento histórico do seu fazimento, a estabilização de uma ideia política legitimada. É importante ter plena consciência dessa circunstância, porquanto essa compreensão torna os limites relevantes juridicamente. Por outro lado, essas funções advertem da gravidade em conferir a essas escolhas uma elasticidade interpretativa que o titular do poder constituinte não quis dar, porquanto deixaria empobrecido o debate político das gerações futuras ou, no limite, suscetíveis a rupturas.

Como instrumento de racionalização e limitação do poder, a Constituição tal como foi posta, e nela os limites aos poderes constituídos, somente existirão enquanto permanecer o consenso acerca da sua própria existência. É, por isso, que Canotilho (2003) sustenta que os limites não são "para sempre",

mas enquanto manifestação vinculada ao próprio poder constituinte. Como limitação heterônoma, há que ser respeitado até que seja superada por um poder de mesma hierarquia, qual seja por outro constituinte de um novo ordenamento constitucional.

7 O ALCANCE DA PROTEÇÃO OUTORGADA AOS PRINCÍPIOS PROTEGIDOS PELAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O alcance ou abrangência que se deve dar aos princípios protegidos pelas cláusulas de irrevisibilidade segue, por coerência, a posição sustentada neste artigo de que esses limites materiais devem ser interpretados de forma restrita, por serem limitações ao próprio princípio democrático. Isso não significa que os conteúdos normativos dos princípios protegidos estariam disponíveis a qualquer tipo de alteração. Assim vejamos.

Nessa linha de raciocínio, o alcance de proteção ao princípio também deve ser restrito ao conteúdo normativo nuclear. Esse deve ser preservado, de forma a tornar a essência do princípio imune a supressão, protegendo, por conseguinte, a Constituição na parte que lhe dá sentido, evitando uma ruptura ou transição para uma outra Constituição. No fundo, estamos admitindo a hipótese de alterar-se os enunciados, inclusive afetando posições jurídicas individuais,⁶ desde que respeitante o seu cerne principiológico.

Cumprindo um papel integrador, de competência subordinada, o poder de revisão garante intocável o núcleo já eleito pelo constituinte e, ao mesmo tempo, possibilita a modificação das estruturas normativas em consonância com a realidade político-social.

⁶ Ainda que reconhecendo a controvérsia, a possibilidade de o poder de revisão restringir, sem eliminar direitos, liberdades e garantias, permitir expressamente novos casos de restrição por via legislativa ordinária ou eliminar proibições de restrição expressamente estabelecidas, com exemplos (Andrade, 2012).

Ao pugnarmos pela superioridade hierárquica das escolhas políticas do legislador constituinte, de modo que o intérprete, no que diz respeito ao núcleo que identifica a Constituição, não deva dar azo a interpretação extensiva do comando legislativo originário, credita-se maior força ao princípio democrático e à função estabilizadora das mudanças sociais.

Registre-se o que é importante. Essa interpretação restrita do que seja o conteúdo normativo, que o constituinte entendeu imodificável, não significa o congelamento dos preceitos. As cláusulas limitadoras, como princípios, permitem a alteração da configuração inicial dada pelo constituinte, alargando o âmbito de proteção ou restringindo posições jurídicas, sem, contudo, retirar o sentido nuclear do preceito principiológico. Em outras palavras, preserva-se o conteúdo normativo dos princípios protegidos, deixando margem para atualização da sua expressão constitucional. Podemos aqui entender que se busca a estabilização da Constituição com abertura aos novos tempos às gerações futuras (Morais, 2002; Canotilho, 2003; Sarlet, 2012).

Ainda no tema do alcance ou abrangência da proteção outorgada pelos limites materiais aos princípios enumerados, temos ainda a dizer que, na especificidade da Constituição brasileira, o enunciado do art. 60, § 4º, não se limitou a proteger a Constituição contra as alterações que possam abolir os princípios protegidos, como também aquelas “tendentes a abolir”, o que coloca em causa um alargamento de proteção dos princípios e da própria possibilidade de controle.

Outro ponto debatido em sede de alcance da abrangência protetiva das cláusulas de limites materiais diz respeito à disposição do art. 60, § 4º, IV, da CRB88, que menciona tão somente os *direitos e garantias individuais*. Novamente, em causa uma interpretação restritiva ou uma construção doutrinária abrangente de que tal expressão incluiria os direitos políticos, de nacionalidade e sociais, ou seja, todo o Título II da CRB88 – Dos direitos e garantias fundamentais –, art. 5º ao 17.

A posição defendida aqui não destoia do que já foi tratado, qual seja a preservação do que foi posto pelo legislador constituinte, contrário a extensões que possibilitem maior engessamento que aquele proposto pelo legitimado maior. Seguimos, assim, em linha de coerência com a posição adotada acerca dos limites materiais, ou seja, uma interpretação restrita e deferente ao princípio democrático e ao direito das futuras gerações.

8 A PRÁTICA CONSTITUCIONAL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional vive um momento de intensa discussão acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, de forma genérica, e, em especial, ao que nos interessa, da jurisdição constitucional em face do poder de revisão constitucional, tendo em vista a questão da separação de poderes, da liberdade de conformação do legislador e da impossibilidade de heterocontrole.

Indubitavelmente, as reformas constitucionais podem, em tese, ser submetidas a controle de constitucionalidade em abstrato e posterior a sua entrada em vigor, a teor do disposto no art. 102, I, a, da CRB88, com jurisprudência caudalosa no STF.⁷

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são firmes no sentido de adotar a concepção da relevância absoluta dos limites materiais. Nesse sentido, o STF, em diversas decisões, parece conciliar com a possibilidade de modificação do enunciado da norma principal, para alargar restrições a direitos, considerar outras hipóteses de limitações ao princípio em discussão, desde que não se alterem o conteúdo normativo e o objeto protegido pela cláusula de irreversibilidade.

Na ADI nº 3.105-8/DF, julgada em 18.08.2004, que trata das alterações constitucionais promovidas pela Emenda Cons-

⁷ Cf. Brasil, 2006c; Brasil, 2010. Não é o objetivo deste artigo tratar das espécies de controle de constitucionalidade das leis de revisão na Constituição brasileira. Para o leitor interessado, indica-se Mendes *et al.* (2009).

titucional nº 41/2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre proventos de inativos e pensionistas, após ampla discussão e por maioria de votos, o Tribunal não reconheceu a inconstitucionalidade do artigo questionado da referida emenda constitucional, entre outros argumentos que não interessa ao presente, por não afetar direito adquirido, que, por sua vez, é um limite material ao poder de revisão, conforme art. 60, § 4º, IV, da CRB88.

O que se viu é que o STF aceitou a modificação do enunciado referente à contribuição previdenciária, que instituiu tributo para o futuro, não violando o princípio da segurança jurídica. Admitiu, portanto, correções na norma previdenciária e afastou qualquer argumento de que estaria abolindo ou suprimindo direitos protegidos pela cláusula pétrea.⁸

A pergunta que se deve fazer é: quais os limites ao poder de apreciação da revisão da Constituição pela justiça constitucional?

De pronto, assume-se, como de resto parece ter ficado claro ao longo deste trabalho, que os limites para o desempenho harmônico do tribunal constitucional como órgão de soberania, em um Estado de Direito Democrático, de forma muito especial, perante a função desempenhada pelo Poder Legislativo, investido, no particular, em reformar a Constituição, deve respeito à separação de poderes.

Importante lembrar que o modelo desenhado pelos constituintes é de uma jurisdição constitucional que tem como função precípua a guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CRB88), de forma a preservar a sua identidade, respeitando os demais poderes, em uma relação de harmonia e independência.

Pode-se dizer que uma atuação da justiça constitucional em harmonia com os demais poderes e, por que não, com a própria Constituição, respeita e defere ao princípio democrático uma importância referencial para o exercício da

⁸ A hipótese de mudança de enunciado de normas protegidas pelas chamadas cláusulas pétreas, incluso restringindo direitos ou limitando o âmbito de proteção da norma, foi admitida na ADI nº 3.685/DF, cujo ato impugnado foi acrescido pela EC 52/2006.

sua competência. Com efeito, não pairam dúvidas de que a democracia ganha a sua maior expressão no exercício das competências do Poder Legislativo. É nesse poder que a democracia, tal como posta na Constituição, a representativa, alcança a sua exuberância.

A preservação da margem de conformação diz respeito, também, à possibilidade de configuração de princípios e direitos, respeitando o pluralismo político. Ou seja, a ideia é de respeito aos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, para não ferir a Constituição, mas, por outro lado, conformado às novas configurações estabelecidas pelo poder de revisão.

No confronto do poder de revisão com a Constituição, está-se diante de espaços reservados ao contraditório político, inclusive nas matérias de configuração hiper-rígida eleitas pelo Constituinte, em que é ordenado pelo constituinte ao legislador reformador respeitar a expressão nuclear dos princípios protegidos pelas cláusulas pétreas.

O balanço democrático à luz do princípio da separação de poderes permite, ainda, o resguardo da Constituição em face de eventuais desvios do legislador de reforma, por meio do controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, entende-se que a atuação da jurisdição constitucional, no respeito ao princípio democrático, deva ser de autocontenção, preservando, nessa expressão, tanto o conteúdo nuclear do princípio em causa, quanto o pluralismo político.

Os tribunais constitucionais devem reservar o juízo de impugnação da lei revisora para casos extremos, quando, de fato, ocorrer violação direta do sentido nuclear do princípio constitucional protegido pelas cláusulas pétreas, que indique uma grave violação à Constituição em sentido material ou quando a lei de revisão não respeitar os limites formais também impostos pelo constituinte. Na primeira hipótese, é uma impugnação de conteúdo; na segunda, de forma, motivada por desrespeito ao quórum, ao procedimento ou à iniciativa.

O sentido da atuação da justiça constitucional é dar segurança jurídica ao ordenamento, rejeitando os desvios plebiscitários que vierem, por acaso, ferir a Constituição no seu núcleo, exercendo o papel precípua de guardião dessa mesma Constituição, mas, ao mesmo tempo, exercendo esse poder com autocontenção e respeito às opções democráticas do legislador de revisão, reconhecendo o Legislativo como o palco que protagoniza a democracia e o pluralismo político.⁹

Como fazer e em que medida são duas questões que somente a prática constitucional é capaz de responder. Em linha teórica, podemos acenar pelo respeito irrestrito às competências delimitadas pelo constituinte, cuja interpretação deve ser sempre restritiva, buscando dar sentido à separação de funções que distingue os três poderes (Gomes, 2018).

Onde existir espaço para conformação do legislador ordinário, por mais razão, é também dado ao legislador de revisão alterar a configuração da norma. A presunção deve ser de constitucionalidade da lei revisora, amparada pela legitimidade constitucional da decisão de revisão pelo Parlamento. Nesse diapasão, não se mostra funcionalmente adequado que o tribunal constitucional faça juízos de eficácia da opção revisora, o que compreende deixar para o plano legislativo os juízos de prognose.

Essa marcante autocontenção judicial ganha mais razão à medida que o procedimento aplicável ao processo de revisão revela maior consenso político que aquele de aprovação de lei ordinária.

Em nota final, o que aqui se defende é que a justiça constitucional atue, em sede de controle do poder de revisão de forma intensa tão somente quando: a violação seja evidente da norma constitucional; exista um consenso jurídico acerca da arbitrariedade da decisão legislativa; ou a ofensa ao conteúdo nuclear do princípio protegido pelos limites materiais mostre-se

⁹ Presentes aqui as duas funções precípua dos limites materiais e por que não, da própria revisão constitucional como instrumento de garantia da Constituição, segurança e flexibilidade, como forma de ultrapassar o paradoxo intergeracional.

flagrante. Ou que atue de forma mais moderada, quando, a toda evidência, existir a possibilidade de uma outra interpretação do princípio em causa.

9 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, destaca-se a posição defendida neste artigo nos seguintes termos:

1. O poder constituinte tem duplo caráter, jurídico e político, em razão da sua autoridade, legitimidade e competência em criar uma nova ordem constitucional, desprovida de qualquer vínculo com a anterior.

2. O poder de revisão constitucional, como uma espécie do poder constituído, é um poder jurídico, limitado, subordinado e condicionado pelo poder constituinte, que lhe é superior e lhe atribuiu o fundamento de existência por meio da Constituição.

3. A tensão entre a continuidade e a evolução da ordem constitucional são virtudes do papel principal desempenhado pelo poder de revisão, de estabilização da norma constitucional diante do dinamismo social.

4. Os limites materiais ao poder de revisão têm relevância jurídica absoluta, em razão da importância de suas funções para a continuidade da Constituição.

5. São funções dos limites materiais ao poder de revisão garantir o núcleo identitário da Constituição; flexibilizá-la para sua conexão com a realidade sociopolítica e cultural; identificar o núcleo principiológico; advertir politicamente o intérprete e assinalar sua superioridade normativa, como normas de competência negativa.

6. Os limites materiais devem receber interpretação restritiva, em face de sua tendência contramajoritária, em deferência ao princípio democrático, na medida em que permite a conjugação da necessidade de preservação da Constituição e do alvorecer da realidade constitucional.

7. A possibilidade de revisão constitucional, inclusive com alteração da configuração de princípios protegidos pelas

cláusulas pétreas, sem alterar o núcleo essencial de cada direito protegido, preserva a constituição de rupturas constitucionais.

8. O Supremo Tribunal Federal, como órgão de soberania, é indispensável à guarda da Constituição e deve atuar nos estreitos limites de sua competência e funções, devendo respeito e deferência ao princípio democrático. Salvo em situações limites de grave afetação da ordem constitucional, em especial, o desrespeito ao conteúdo nuclear dos princípios protegidos pelas cláusulas de limites materiais, deve primar pela autocontenção.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006. v. II.

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2015. v. I.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n° 52, de 08 de março de 2006*. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Brasília, DF:

Congresso Nacional, 2006a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2006/emendaconstitucional-52-8-marco-2006-541400-publicacaooriginal-45037-pl.html>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.356 MC/DF. Relator para acórdão: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em: 25.11.2010, DJe: 19.05.2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192426/false>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685*. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da Lei Eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, *caput*, e LIV). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 2º, da CF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 22 mar. 2006b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92320/false>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.875/ DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 11.05.2006C. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ de 06.10.2006, p. 33. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7447/false>. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRITO, Carlos Ayres. *A reforma constitucional e a sua intransponível limitabilidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

BRITO, Carlos Ayres. *A reforma constitucional e a sua intransponível limitabilidade*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Pers-*

pectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. II, p. 77-105.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição.* Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Vinícius Miranda. *A proibição de retrocesso social e o controle judicial de políticas públicas: direitos sociais - limites e possibilidades.* 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MARTINS, Afonso D'Oliveira. *La revisión constitucional y el ordenamiento portuguê.* 2. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição*, Tomo II. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – Tomo I – Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional – I. Introdução à Teoria da Constituição*. Lisboa: Cruz Braga, 1979.

