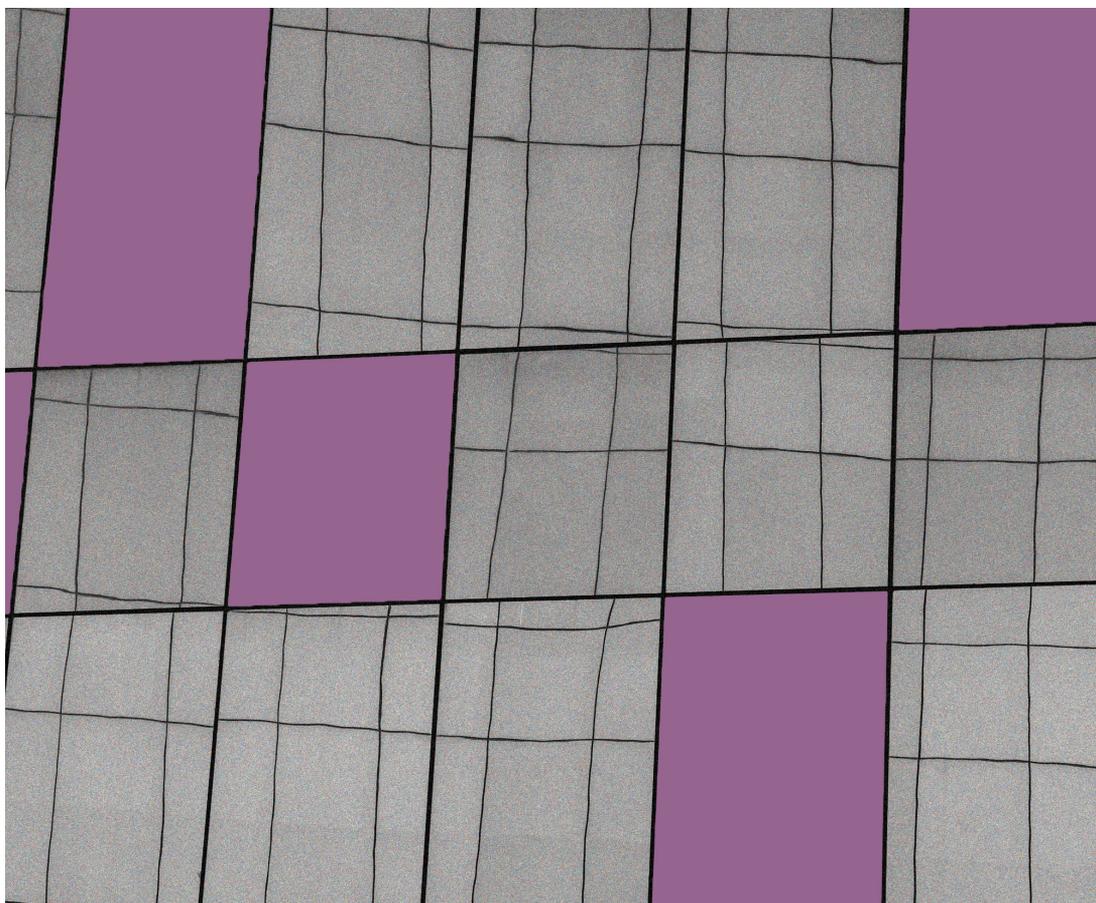


S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

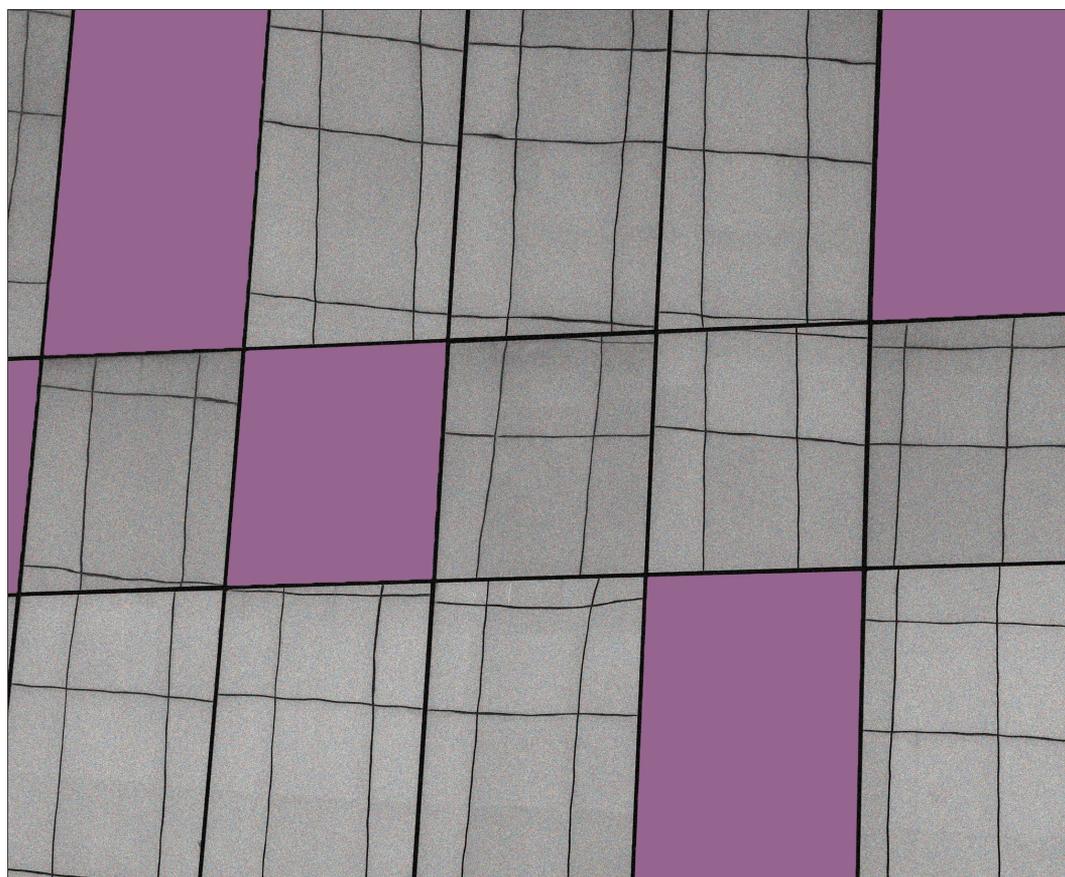
v. 4 | n. 2 | julho / dezembro 2024



S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 4 | n. 2 | julho / dezembro 2024



Secretaria-Geral da Presidência Aline Rezende Peres Osorio	Liciane Barbosa Richter Maria Lúcia Alves Vieira	Coordenadoria de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu Ana Paula Alencar Oliveira
Gabinete da Presidência Fernanda Silva de Paula	Coordenadoria de Biblioteca Luiza Gallo Pestano	Assessoria de Assuntos Internacionais Roberto Doring Pinho da Silva André Nogueira Rangel Varanda Wollman
Diretoria-Geral Eduardo Silva Toledo	Andréia Cardoso Nascimento Gabriela Ayres Miranda Cunha Haidéia Passos Oliveira Luciana Araújo Reis	Assessoria de Cerimonial Célia Regina de Oliveira Gonçalves
Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação Patrícia Perrone Campos Mello	Coordenadoria de Difusão da Informação Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	Secretaria de Tecnologia da Informação Natacha Moraes de Oliveira
Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias Lívia Gil Guimarães Renata Rodrigues Praxedes Raquel Beutel Semenzato Proazzi Carolina Rezende Moraes Nathany Dias de Araújo Carlos Alberto de Jesus Rabelo Luíza Palma Orenha Amanda Carlos Maia Ariston Tamara Claudia Coimbra Pastro Eduarda Peixoto Cunha França Alexandra Emanuela Novais Silva	Aline da Silva Pereira Ana Carolina Caetano Camila Penha Soares Elizeu Gonçalves Oliveira Pereira Gabriel de Amorim Leite Lilian Januzzi Vilas Boas Lúcia Helena Lopes Fachinetto Márcia Gutierrez A. Bemerguy Mariana de Araújo Alves Nara Andejara Gomes do Vale Rosa Cecilia Freire da Rocha	Secretaria de Comunicação Social Mariana Araujo de Oliveira

Os trabalhos estão licenciados com uma Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.



Endereço: Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias – COPJ, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação – SAE, Supremo Tribunal Federal – STF, Praça dos Três Poderes, Ed. Anexo II, Cobertura, sala 613, Brasília, DF, CEP 70175-900. Telefone: (61) 3217.3595/ (61) 3217.3500. E-mail: revistasuprema@stf.jus.br. Site: suprema.stf.jus.br/

Os conceitos e as opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Suprema [recurso eletrônico] : revista de estudos constitucionais / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (jan./jun. 2021)- . – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021- .
1 recurso online (v).
Semestral.
Modo de acesso: <https://suprema.stf.jus.br/>
ISSN 2763-7867
DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2>
1. Direito constitucional, periódico, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

CDDir-341.2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro

LUÍS ROBERTO BARROSO

Presidente [26.06.2013]

Ministro

LUIZ EDSON FACHIN

Vice-presidente [16.06.2015]

Ministro

GILMAR FERREIRA MENDES

Decano [20.06.2002]

Ministra

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

[21.06.2006]

Ministro

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

[23.10.2009]

Ministro

LUIZ FUX

[03.03.2011]

Ministro

ALEXANDRE DE MORAES

[22.03.2017]

Ministro

KASSIO NUNES MARQUES

[05.11.2020]

Ministro

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

[16.12.2021]

Ministro

CRISTIANO ZANIN MARTINS

[03.08.2023]

Ministro

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

[22.02.2024]

EQUIPE TÉCNICA

Presidente da Revista
Ministro Luís Roberto Barroso
Editoras-chefes
Aline Rezende Peres Osorio
Patrícia Perrone Campos Mello
Livia Gil Guimarães
Editora-adjunta
Renata Rodrigues Praxedes
Assistentes editoriais
Raquel Beutel Semenzato Proazzi
Carolina Rezende Moraes
Revisão de normalização (bibliotecárias)
Luciana Araújo Reis
Andréia Cardoso Nascimento
Gabriela Ayres Miranda Cunha
Haidéia Passos Oliveira
Revisão de provas editoriais
Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy
Gabriel de Amorim Leite
Lúcia Helena Lopes Fachinetto
Mariana de Araújo Alves
Nara Andejara Gomes do Vale
Revisão e preparação de originais
Nathany Dias de Araújo
Carlos Alberto de Jesus Rabelo
Luíza Palma Orenha
Amanda Carlos Maia Ariston
Tamara Cláudia Coimbra Pastro
Maria Lúcia Alves Vieira
Revisão de idiomas da Política Editorial
Roberto Doring Pinho da Silva
André Nogueira Rangel Varanda Wollman
Projeto gráfico e capa
Flávia Coelho Carvalho
Leonardo Ramses Cunha Oliveira
Diagramação
Aline da Silva Pereira
Ana Carolina Caetano
Estagiários
Luana Ainoã Viana de Souza
Mariá Silva Brilhante de Medeiros
Beatriz de Araujo Roriz
Allan Haniel Alves
Foto da capa
Bruno Moura/SCO/STF

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL – **Andrea Pozas-Loyo** Universidad Nacional Autónoma de México – Ciudad de México, México, **Andreza Aruska de Souza Santos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Anne Levade** Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Paris, França, **Bruce Ackerman** Yale University – New Haven, Estados Unidos, **Christoph A. Kern** Universität Heidelberg – Heidelberg, Alemanha, **Eduardo Oteiza** Universidad Nacional de La Plata – La Plata, Argentina, **Ezequiel González Ocantos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Jaclyn Neo** National University of Singapore – Queenstown, Singapura, **Kendall Thomas** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Lee Epstein** Washington University – St. Louis, Estados Unidos, **Murillo de Aragão** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Octávio Luiz Motta Ferraz** King’s College London – London, Inglaterra, **Paul Yowell** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Paula Costa e Silva** Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal, **Remo Caponi** Università degli Studi di Firenze – Firenze, Itália, **Rosalind Dixon** University of New South Wales – Sydney, Austrália, **Ruth Rubio Marin** Universidad de Sevilla – Sevilla, Espanha, **Shylashri Shankar** Centre for Policy Research – New Delhi, Índia, **Siri Gloppen** University of Bergen – Bergen, Noruega, **Yaniv Roznai** Interdisciplinary Center – Herzliya, Israel.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL – **Alexandre Reis Siqueira Freire** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Ana de Oliveira Frazão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Ana Luiza Pinheiro Flauzina** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Ana Paula de Barcellos** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Antônio Gomes Moreira Maués** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Beclaute Oliveira Silva** Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, **Daniel Francisco Mitidiero** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Daniel Wunder Hachem** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Gustavo José Mendes Tepedino** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heloisa Helena Gomes Barboza** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Joaquim Shiraishi Neto** Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – Manaus/AM, **Judith Martins-Costa** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Lauane Braz Andrekowick Volpe Camargo** Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande/MS, **Luciano Benetti Timm** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Misabel Abreu Machado Derzi** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí – Teresina/PI, **Nelson Nery Jr.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Oscar Vilhena Vieira** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Otavio Luiz Rodrigues Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP,

Teresa Arruda Alvim Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Vera Karam de Chueiri** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Vicente de Paulo Barretto** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS, **Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

CONSELHO CIENTÍFICO – **Ademar Borges de Sousa Filho** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Adilson José Moreira** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ana Elisa Liberatore Silva Bechara** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Ana Teresa Silva de Freitas** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **André Gustavo Corrêa de Andrade** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ, **André Ramos Tavares** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Caitlin Sampaio Mulholland** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Camilo Zufelato** Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto/SP, **Carina Barbosa Gouvêa** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, **Catarina Helena Cortada Barbieri** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Claudia Lima Marques** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Clemerson Merlin Clève** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Daniel Antônio de Moraes Sarmiento** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Diogo Rosenthal Coutinho** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Fayga Silveira Bedê** Centro Universitário Christus – Fortaleza/CE, **Gisele Fernandes Góes** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Gislene Aparecida dos Santos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Gustavo Binbenojm** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heleno Taveira Torres** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Henderson Fürst de Oliveira** Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP, **Heron José de Santana Gordilho** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ingo Wolfgang Sarlet** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Ives Gandra da Silva Martins** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Jorge Octávio Lavocat Galvão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **José Levi Mello do Amaral Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Juliana Cordeiro de Faria** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Katya Kozicki** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Leonardo Greco** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Lia Carolina Batista Cintra** Universidade Federal de São Paulo – Osasco/SP, **Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Luciana Yeung Luk Tai**

Instituto de Ensino e Pesquisa – São Paulo/SP, **Luciano Vianna Araújo** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Luiz Alberto Gurgel de Faria** Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, **Luiz Henrique Volpe Camargo** Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, **Luiz Rodrigues Wambier** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Marcelo Leonardo Tavares** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Lívio Gomes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Vinícius Furtado Coelho** Pesquisador independente – Brasília/DF, **Margarida Lacombe Camargo** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Maria Celina Bodin de Moraes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Néviton de Oliveira Batista Guedes** Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF, **Nina Beatriz Stocco Ranieri** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Pedro Miranda de Oliveira** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, **Pierpaolo Cruz Bottini** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Reynaldo Soares da Fonseca** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Richard Paulo Pae Kim** Universidade de Santo Amaro – São Paulo/SP, **Roberto Carvalho Veloso** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Sheila Neder Cerezetti** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Silvio Luiz de Almeida** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Suyene Monteiro da Rocha** Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO, **Thula Rafaela de Oliveira Pires** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Trícia Navarro** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES, **Valério de Oliveira Mazzuoli** Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT, **Valter Shuenquener de Araújo** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Vinicius Gomes de Vasconcellos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

APRESENTAÇÃO

É com grande entusiasmo que apresento o novo número da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, periódico que reflete o compromisso do Supremo Tribunal Federal (STF) com a difusão do conhecimento qualificado e com o desenvolvimento da pesquisa jurídica.

A *Suprema* foi lançada em 2021 e, desde então, busca atender aos mais altos padrões nacionais e internacionais em publicações científicas. Apesar de sua curta trajetória, a Revista já conta com relevantes contribuições de autores brasileiros e estrangeiros acerca de temáticas atuais e complexas, que impactam diretamente nas agendas dos operadores e pesquisadores do Direito.

Nessa linha, a presente edição traz, além de entrevista e artigos recebidos em fluxo contínuo, dois importantes dossiês temáticos. O primeiro dossiê se compõe de artigos relacionados à celebração, em 2024, dos 200 anos do Constitucionalismo brasileiro. O segundo dá continuidade à publicação de trabalhos sobre processos estruturais, iniciada na edição anterior e continuada na presente em razão do amplo universo de submissões sobre o assunto e da qualidade de tais pesquisas.

Com o dossiê temático sobre os 200 anos do Constitucionalismo brasileiro, o STF procura celebrar a trajetória constitucional de indiscutível sucesso. Durante esse período, passamos por oito Constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Fomos de um país imperial, regido pela Carta outorgada de 1824, à Constituição Cidadã, promulgada em 1988, após ampla participação popular. Experimentamos momentos de maior e menor estabilidade institucional, política e monetária.

Apesar de frustrações e sobressaltos pelo caminho, não há dúvida de que o saldo da nossa experiência constitucional é positivo e acumula importantes conquistas: a consolidação democrática, o fortalecimento da independência dos poderes, a proteção de um amplo rol de direitos. Porém, ainda há muito por fazer. É preciso enfrentar a enorme desigualdade que compromete as oportunidades dos que têm menos. É imprescindível combater a corrupção, que drena recursos públicos importantes e limitados. É fundamental fortalecer as instituições democráticas e a compreensão quanto à sua relevância.

Sem prejuízo das muitas tarefas que nos esperam, não devemos deixar de celebrar os avanços já conquistados. A sociedade que temos hoje, mais estável e inclusiva, é fruto dos esforços de inúmeras gerações de brasileiras e brasileiros que lutaram para combater exclusões sociais e violências estatais, tais como o regime escravocrata, a limitação do direito ao voto e o enfrentamento a regimes autoritários do passado. Demonstramos, ainda, considerável resiliência a crises institucionais importantes. E a Constituição de 1988 é, sem dúvida, um marco essencial desta jornada.

Nesse cenário, o importante dossiê comemorativo inaugurado neste número da *Suprema* apresenta debates jurídicos e acadêmicos que proporcionam a reflexão crítica sobre os caminhos percorridos até o momento atual, apresentam reflexões para avaliar o presente e oferecem propostas para o futuro.

Por fim, ressalto que as relevantes contribuições acadêmicas, nacionais e internacionais, proporcionadas pela Revista se devem ao empenho de uma equipe profundamente comprometida com a densidade e qualidade do conteúdo científico do periódico e com seu sucesso. Merecem reconhecimento todas as pessoas engajadas no longo processo de produção editorial. Agradeço, assim, a todos membros dos conselhos, às editoras, aos pareceristas, aos servidores, aos colaboradores e aos estagiários do STF pelo árduo trabalho realizado na produção da *Suprema*.

Com grandes expectativas quanto ao futuro desta Revista, convido todas e todos a realizarem a leitura deste número, na certeza de que ele despertará novas inquietações e proporcionará valiosas reflexões!

Ministro Luís Roberto Barroso

Presidente do Supremo Tribunal Federal e da
Suprema – Revista de Estudos Constitucionais

SUMÁRIO

EDITORIAL.....15
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a30>

SUPREMA ENTREVISTA
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a421>
Catalina Botero Marino 21

ARTIGOS E TRADUÇÕES

La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société

Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade

Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society

Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a428>

Dominique Rousseau (autor convidado)..... 45

Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade

La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société

Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society

Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a429>

Dominique Rousseau (autor convidado)..... 67

Proporcionalidade e Justificação

Proportionality and Justification

Proporcionalidad y Justificación

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a425>

Matthias Klatt (autor convidado)..... 91

Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo

Tutela e valorização dos bens públicos, especialmente do domínio público marítimo

Protection and enhancement of public goods, especially the maritime public domain

Tutela y valorización de los bienes públicos, especialmente del dominio público marítimo

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a427>

Francesco Manganaro..... 141

Tutela e valorização dos bens públicos, especialmente do domínio público marítimo <i>Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo</i> <i>Protection and enhancement of public goods, especially the maritime public domain</i> <i>Tutela y valorización de los bienes públicos, especialmente del dominio público marítimo</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a426 Francesco Manganaro.....	171
DOSSIÊ TEMÁTICO “200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE E FUTURO”	
Da aplicação à interpretação: história do Judiciário no Brasil oitocentista <i>From application to interpretation: history of the judiciary in nineteenth-century Brazil</i> <i>De la aplicación a la interpretación: historia del poder judicial en el Brasil ochocientista</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a405 Marcelo Casseb Continentino Marcelo Ribeiro do Val.....	201
Usos do conceito de Poder Moderador na formação constitucional brasileira <i>Uses of the concept of Moderating Power in Brazilian constitutional formation</i> <i>Usos del concepto de Poder Moderador en la formación constitucional brasileña</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a398 Luis Henrique Braga Madalena Bernardo Strobel Guimarães Lucas Sipioni Furtado de Medeiros	247
Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de Poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada <i>Judicial review, legal interpretation and the separation of powers: the syncretism of the Brazilian path in comparative perspective</i> <i>Control judicial de constitucionalidad, interpretación jurídica y separación de poderes: el sincretismo de la trayectoria brasileña en perspectiva comparada</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a383 Lucas Fucci Amato Rodrigo Marchetti Ribeiro.....	273
A <i>grundnorm</i> da ditadura militar brasileira: o Ato Institucional <i>The grundnorm of the Brazilian military dictatorship: the Institutional Act</i> <i>La grundnorm de la dictadura militar brasileña: el Acto Institucional</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a406 Rodrigo Alessandro Sartoti.....	305
Proteção do ambiente e pacto federativo: a eficácia do direito ao meio ambiente equilibrado e a repartição de competências em matéria ambiental <i>Environmental protection and the federal pact: the effectiveness of the right to a balanced environment and the competences division in environmental issues</i> <i>La protección del medio ambiente y el pacto federal: la efectividad del derecho a un medio ambiente equilibrado y el reparto de competencias en materia de medio ambiente</i> https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a387 Ingo Sarlet Rodrigo Maia Rocha.....	359

DOSSIÊ “AÇÕES, PROCESSOS E LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL” (PARTE II)

Cinco notas sobre os processos estruturais

Five notes on structural litigation

Cinco notas sobre litigio estrutural

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a314>

Gustavo Osna

Sérgio Cruz Arenhart..... 389

Processo estrutural e justiça multiportas

Structural process and multidoor courthouse system

Proceso estructural y sistema de justicia multipuertas

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a365>

Fredie Didier Junior

Leandro Fernandez419

Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas

Structural processes and institutional dialogues: towards a dogmatics without dogmas

Procesos estructurales y diálogos institucionales: hacia una dogmática sin dogmas

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a322>

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Murilo Strätz.....453

Structural Reform in America: understanding it through discrimination cases

Reforma Estructural nos Estados Unidos: entendendo-a por intermédio de casos de discriminação

Reforma Estructural en Estados Unidos: entendiéndola a través de casos de discriminación

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a327>

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira

Hermano Martins Domingues493

Processo estrutural e direito à moradia adequada: ADPF 828 no Supremo Tribunal Federal

Structural process and the right to adequate housing: ADPF 828 in the Federal Supreme Court

Proceso estructural y derecho a una vivienda adecuada: ADPF 828 en la Corte Suprema Federal

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a353>

Ana Claudia Diogo Tavares

Fernanda Maria da Costa Vieira

Mariana Trotta Dallalana Quintans.....525

Defensoria Pública e população em situação de rua: elementos empíricos para o efetivo acesso à justiça

Public Defender and homeless Population: empirical elements for effective access to justice

Defensoria Pública y la población en situación de calle: elementos empíricos para el acceso efectivo a la justicia

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a323>

Luciana Marin Ribas

Wilherson Carlos Luiz555

Processos estruturais e Advocacia Pública: desafios na jurisdição constitucional estrutural

Structural litigation and the role of Public Attorneys: challenges in the structural constitutional jurisdiction

Procesos estructurales y Abogacía Pública: desafíos en la jurisdicción constitucional estructural

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a341>

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Alessandra Lopes da Silva Pereira

Maria Helena Martins Rocha Pedrosa.....593

Disparidade estrutural: a desigualdade de gênero como um problema estrutural e o papel da jurisdição constitucional

Structural disparity: gender inequality as a structural problem and the role of constitutional competence

Disparidad estructural: la desigualdad de género como problema estructural y el papel de la competencia constitucional

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a330>

Meilyng Leone

Eduardo Philipe Magalhães da Silva633

Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas: técnicas de efetivação e ampliação do acesso à justiça

Award calculation phase and enforcement in complex litigation: techniques for effectiveness and expansion of access to justice

Liquidación y ejecución de sentencias colectivas: técnicas de implementación y ampliación del acceso a la justicia

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a272>

Alexandra Fuchs de Araújo

Helena Campos Refosco

João Antonio Tschá Fachinello671

POLÍTICA EDITORIAL.....721

Instruções editoriais para autores.....721

EDITORIAL POLICY731

Guidelines for authors732

NOMINATA DE PARECERISTAS QUE ATUARAM NO ANO DE 2024.....741



EDITORIAL

Com ânimo fortalecido e empenho permanente em promover a aproximação entre o Poder Judiciário e a comunidade acadêmica, temos a satisfação de anunciar a publicação do segundo número do quarto volume da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*. Fruto do ativo e contínuo investimento das recentes gestões do Supremo Tribunal Federal (STF), esta edição reafirma o compromisso com a disseminação de conhecimento fundamentado em pesquisa científica de qualidade.

Além de simbolizar e refletir a convicção da presidência do Ministro Luís Roberto Barroso sobre a produção científica de qualidade, este número, composto por importantes trabalhos de caráter empírico e/ou teórico, busca dialogar com a complexa realidade contemporânea e fomentar maior interação com a sociedade – outra importante preocupação da atual gestão do Tribunal.

A presente edição inicia-se com a entrevista à professora Catalina Botero Marino, advogada colombiana, diretora da *UNESCO Chair on Freedom of Expression* e especialista em Direito Constitucional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Justiça de Transição, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação. Assuntos contemporâneos relacionados a sua atuação profissional, bem como a sua trajetória em si, são explorados nesta rica e instigante entrevista.

Em fluxo contínuo e na busca de atender aos padrões de internacionalização, a *Suprema* apresenta três artigos internacionais. O primeiro, inédito, foi escrito por Dominique Rousseau, renomado constitucionalista francês e professor emérito de Direito Público da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. “*La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d’une société*” aborda a separação de poderes e apresenta uma proposta normativa que desafia a ideia mais comum de deferência judicial, com o argumento de que essa prática representa uma ameaça ao equilíbrio do Estado de Direito e, por extensão, à qualidade democrática do sistema político. A fim de garantir ampla difusão do artigo ao público brasileiro, a *Suprema* traz também a tradução do texto em português.

O segundo texto internacional é uma tradução do trabalho do professor Matthias Klatt, da Universidade de Graz, na Áustria. O texto, intitulado “Proporcionalidade e Justificação”, oferece uma contribuição teórica sobre a análise de proporcionalidade e apresenta um “modelo de proporcionalidade como integridade”. Trata-se de uma ideia que desperta reflexões no contexto do

constitucionalismo brasileiro, uma vez que, como o autor explica, é válida para o constitucionalismo discursivo global.

Ainda na seara das contribuições internacionais, encontra-se o artigo inédito “*Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo*”, de Francesco Manganaro, professor da Universidade Mediterrânea da cidade de Reggio Calabria, na Itália. O trabalho tem como enfoque o uso do *demanio marittimo* (domínio marítimo em tradução livre) como uma problemática permanente no ordenamento jurídico italiano. Ao longo do texto, Manganaro analisa as contradições e os conflitos entre o direito italiano e a sistemática da União Europeia. Com o intuito de proporcionar a ampla difusão do artigo ao público brasileiro, a Revista também o apresenta traduzido para o português.

Além desses artigos internacionais recebidos por meio do fluxo contínuo, este número traz, conforme anunciado no Edital STF/SAE 02/2024, a primeira parte do dossiê temático “200 anos de Constitucionalismo no Brasil: passado, presente e futuro”. Sob a proteção de diferentes textos constitucionais, o Brasil atravessou Império e República, governos democráticos e de exceção e dialogou com diversas correntes de pensamento: liberal, conservador e social-progressista. Os artigos aprovados e selecionados para compor a *Suprema* refletem essas dimensões.

Com os artigos “Da aplicação à interpretação: história do Judiciário no Brasil oitocentista”, de Marcelo Casseb Continentino e Marcelo Ribeiro do Val, e “Usos do conceito de Poder Moderador na formação constitucional brasileira”, de Luis Henrique Braga Madalena, Bernardo Strobel Guimarães e Lucas Sipioni Furtado de Medeiros, esta edição oferece análises aprofundadas sobre a formação constitucional brasileira. O primeiro texto apresenta robusta leitura histórica da consolidação do Poder Judiciário no Brasil imperial, fundamentando-se nas elaborações de juristas e políticos da época. O segundo elucida o conceito de Poder Moderador a partir do caso concreto brasileiro, contrapondo-se à proposta teórica de Benjamin Constant.

A edição segue com o trabalho de Lucas Fucci Amato e Rodrigo Marchetti Ribeiro, intitulado “Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de Poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada”. Os autores contribuem com uma análise histórica e comparativa do controle judicial de constitucionalidade no Brasil em relação aos modelos inglês, francês, estadunidense e alemão. Como resultado dessa análise comparada, a atual natureza do controle judicial exercido pelo STF é abordada como um símbolo do sincretismo da trajetória brasileira.

Rodrigo Alessandro Sartoti analisa a natureza dos atos institucionais do período ditatorial brasileiro em seu artigo “A *grundnorm* da ditadura militar brasileira: o Ato Institucional”. O autor examina teoricamente o lugar desse ato normativo, por meio do pensamento de Hans Kelsen.

Por fim, em harmonia com a linha de pesquisa sobre os desafios mais contemporâneos enfrentados pelo constitucionalismo no Brasil, Ingo Sarlet e Rodrigo Maia Rocha discutem, no artigo “Proteção do ambiente e pacto federativo: a eficácia do direito ao meio ambiente equilibrado e a repartição de competências em matéria ambiental”, a divisão de competências em matéria ambiental sob a luz da Constituição Federal de 1988. A análise centra-se, especialmente, nos níveis federativos do modelo brasileiro.

Além do dossiê relativo aos 200 anos do constitucionalismo brasileiro, damos continuidade ao dossiê dedicado às “Ações, processos e litígios estruturais na jurisdição constitucional”, iniciado no último número da Revista. Como a *Suprema* recebeu uma grande quantidade de artigos para esse dossiê, a decisão editorial optou por dividi-lo em mais de uma publicação. Esta é, sem dúvida, uma temática que tem mobilizado os operadores do direito na busca por soluções de interesse público perante o STF e outros tribunais e instituições nacionais e internacionais. Os debates em torno dos processos estruturais têm o potencial de impactar a própria compreensão relacionada à atuação da Corte.

Assim é que, sob autoria de Gustavo Osna e Sérgio Cruz Arenhart, o artigo “Cinco notas sobre os processos estruturais” faz contribuições capazes de permear toda a segunda parte do dossiê. Ao priorizarem os processos estruturais como realidade fática, antes de serem meras elaborações teóricas, os autores sugerem que a doutrina não se construa com a intenção de restringir tais processos e que o direito processual seja enriquecido por esse tipo de litígio. Os autores abordam, ainda, outras dimensões do debate, como a natureza prospectiva e gradual das decisões proferidas, a amplitude de sua aplicação e a necessidade de uma abordagem processual flexível e adaptável.

Em seguida, Fredie Didier Junior e Leandro Fernandez apresentam importante contribuição teórica em “Processo estrutural e justiça multiportas”. De maneira inovadora, os autores analisam a existência e a condução de processos estruturais em âmbito extrajudicial. Nesse percurso, desenvolvem a compreensão que distingue processos estruturais exclusiva ou predominantemente judiciais e extrajudiciais.

Acolhendo a perspectiva do caráter flexível dos processos estruturais, a edição segue com o manuscrito “Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas”, de Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues e Murilo Strätz. Os autores realizam a análise das possibilidades de atuação do STF diante dos processos estruturais, com ênfase na relação da Corte com outros atores institucionais. Nessa linha, conduzem estudo de caso referente aos diálogos institucionais em torno do julgamento do RE 1.366.243, com repercussão geral (Tema 1.234), que tratou da competência da Justiça Federal nas lides envolvendo o fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no Sistema Único de Saúde (SUS). Ao final, o artigo apresenta uma reflexão sobre a postura dialógica que tem sido consolidada pelo Tribunal e ressalta a necessidade de que ela seja sustentada por princípios democráticos e que reconheça os limites e as capacidades dos atores envolvidos.

Na sequência, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira e Hermano Martins Domingues, em “*Structural Reform in America: understanding it through discrimination cases*”, exploram os elementos conceituais das reformas estruturais nos Estados Unidos e a aplicação dessas reformas em casos concretos de discriminação. Os autores examinam a origem, a evolução histórica e os resultados das reformas estruturais estadunidenses para compreender como as questões legais foram adjudicadas e se as decisões da Suprema Corte provocaram mudanças factuais na sociedade. A partir disso, ampliam a análise para casos de discriminação no ambiente de trabalho, definindo as possibilidades e os desafios das reformas estruturais no âmbito de um tema que atrai disputas judiciais e atenção acadêmica no país.

Com base em abordagem empírica, o artigo “Processo estrutural e direito à moradia adequada: ADPF 828 no Supremo Tribunal Federal”, de Ana Claudia Diogo Tavares, Fernanda Maria da Costa Vieira e Mariana Trotta Dallalana Quintans, apresenta estudo de caso, com revisão bibliográfica e documental, a respeito dos efeitos da ADPF 828. Trata-se do julgamento em que foi determinada a suspensão de despejos e desocupações em áreas urbanas e rurais em razão da pandemia de covid-19. As autoras observam a atualização dos procedimentos de tomada de decisões dentro do sistema de justiça que são capazes de impactar o próprio *habitus* do campo jurídico. Vale ressaltar que, embora as autoras atribuam a esse processo um caráter estrutural, o STF não o identificou como litígio estrutural.

O artigo “Defensoria Pública e população em situação de rua: elementos empíricos para o efetivo acesso à justiça”, de Luciana Marin Ribas e Wilherson Carlos Luiz, é construído a partir da constatação das omissões estruturais em relação ao

conteúdo da Política Nacional para a População em Situação de Rua, que fundamentaram o ajuizamento do processo estrutural constante da ADPF 976. Com o estado de São Paulo como recorte, os autores expõem o cenário em que, diante da exclusão social perpetuada por práticas informais, a Defensoria Pública utiliza diferentes estratégias para garantir sua atuação.

Em outro artigo que reconhece a pluralidade de atores institucionais envolvidos nos processos estruturais, o texto “Processos estruturais e Advocacia Pública: desafios na jurisdição constitucional estrutural”, Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio, Alessandra Lopes da Silva Pereira e Maria Helena Martins Rocha Pedrosa convidam leitoras e leitores a explorarem a agenda de pesquisa sobre a atuação da Advocacia Pública. Para isso, o trabalho analisa a interação entre o STF e a Advocacia Pública em processos estruturais, com foco em pronunciamentos judiciais e em dificuldades enfrentadas pela Advocacia Pública na execução dessas decisões.

O artigo “Disparidade estrutural: a desigualdade de gênero como um problema estrutural e o papel da jurisdição constitucional”, de Meilyng Leone e Eduardo Philippe Magalhães da Silva, discute a ideia de que a desigualdade de gênero é um problema sistêmico e, por esse motivo, precisa de solução que perpassa a transformação profunda das estruturas sociais e institucionais. Assim, os autores exploram a intersecção entre desigualdade de gênero e processos estruturais e, com base na identificação de ações julgadas pelo STF e de teorias sobre o tema, concluem que a relevância da jurisdição constitucional é uma ferramenta de busca pela igualdade de gênero.

Encerrando o conjunto de trabalhos publicados nesta edição, temos o artigo “Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas: técnicas de efetivação e ampliação do acesso à justiça”, no qual Alexandra Fuchs de Araújo, Helena Campos Refosco e João Antonio Tschá Fachinello propõem caminhos para o cumprimento de decisões a partir da análise de sentenças em casos concretos relacionados a danos socioambientais decorrentes de grandes desastres.

Expressamos nossos agradecimentos às pessoas que fazem da *Suprema* este rico espaço de trocas de saberes e conhecimentos qualificados: às autoras e aos autores desta edição pela confiança no trabalho desenvolvido pela equipe editorial; aos nossos inestimáveis pareceristas pelo comprometimento com uma ciência pautada na qualidade das evidências a partir de avaliação ética e rigorosa dos artigos submetidos; aos membros dos conselhos pelo reforço na divulgação da Revista e pela abertura ao diálogo; e aos tradutores de artigos estrangeiros pela disponibilidade e dedicação.

Convidamos todas e todos a mergulharem nas páginas desta nova edição, a qual, com artigos cuidadosamente selecionados, busca contribuir para o amadurecimento de debates nacionais e internacionais. Desejamos uma excelente leitura e ótimas reflexões!

Equipe Editorial

Aline Osorio

Editora-Chefe

Secretária-Geral da Presidência do STF

Patrícia Perrone Campos Mello

Editora-Chefe

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF

Lívia Gil Guimarães

Editora-Chefe

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias do STF



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

SUPREMA ENTREVISTA

Catalina Botero Marino¹⁻²

Entrevistada por:

Livia Gil Guimarães³

Patrícia Perrone Campos Mello⁴

Raquel Beutel Semenzato Proazzi⁵



Fonte: foto fornecida pela entrevistada (livre de direitos autorais)/ Fuente: foto enviada por la entrevistada (libre de derechos de autor)

Catalina Botero Marino é advogada, diretora da *UNESCO Chair on Freedom of Expression* da Universidad de los Andes e especialista em Direito Constitucional, Direito Internacional

Catalina Botero Marino es abogada, directora de la *UNESCO Chair on Freedom of Expression* de la Universidad de los Andes y especialista en Derecho Constitucional, Derecho Internacional

¹ GUIMARÃES, Livia Gil; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BEUTEL, Raquel. Entrevista com Catalina Botero Marino. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 21-43, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a421>.

² Agradecemos às estagiárias Luana Ainoã Viana de Souza e Mariá Silva Brilhante de Medeiros, que auxiliaram com a pesquisa e levantamento das informações exploradas nesta entrevista.

³ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora voluntária na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi) e Coordenadora do Grupo de Pesquisas e Estudos sobre Inclusão na Academia (GPEIA), ambos na USP. Coordenadora de Pesquisas Judiciárias da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. E-mail: liviagilguimaraes@gmail.com.

⁴ Professora-Doutora Titular do Programa Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Secretária de Altos Estudos do Supremo Tribunal Federal. Doutora e Mestre em Direito pela UERJ. Realizou estudos pós-doutorais na Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance and Innovation, EUA) e no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro (2000-2024). Editora-Chefe da Revista Brasileira de Políticas Públicas (CEUB) e da Suprema Revista de Estudos Constitucionais (STF). Membro do Comitê Executivo da International Association of Constitutional Law (IACL). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. E-mail: patricia.mello@stf.jus.br

⁵ Graduada em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Pesquisadora da Coodenadoria de Pesquisas Judiciárias da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1458334052231908>. E-mail: raquel.proazzi@stf.jus.br

dos Direitos Humanos, Justiça de Transição, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação. Contribuiu como copresidente para a construção do *Oversight Board*, é especialista do projeto *Global Freedom of Expression* da Universidade de Columbia desde 2017, sócia fundadora da organização *DeJusticia* e Comissária do *International Commission of Jurists*. Botero Marino também atuou como Relatora Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) entre 2008 e 2014, foi Magistrada Auxiliar e Juíza Adjunta na Corte Constitucional da Colômbia e diretora da Faculdade de Direito da *Universidad de Los Andes* entre 2016 e 2021.

A trajetória acadêmica da Professora Catalina se iniciou na *Universidad de Los Andes*, onde se graduou em Direito e seguiu para a pós-graduação em Gestão Pública e Direito Administrativo. Em seguida, mudou-se para Madri, onde concluiu sua pós-graduação em Direitos Humanos na *Universidad Complutense*. Na mesma cidade, estudou Direito Constitucional e Ciências Políticas no Centro de Estudos Constitucionais e formou-se em Estudos Avançados (DEA) na *Universidad Carlos III*. Sua experiência docente inclui a Faculdade de Direito da *Universidad Externado de Colombia* e da *Universidad de los Andes*; a Faculdade de Direito e Ciências Políticas da *Universidad Nacional de Colombia* e a atuação como professora convidada da Faculdade de Direito da *American*

de los Derechos Humanos, Justicia de Transición, Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Contribuyó como copresidenta a la construcción del *Oversight Board de Meta*, es especialista del proyecto *Global Freedom of Expression* de la Universidad de Columbia desde 2017, socia fundadora de la organización *DeJusticia* y Comisaria del *International Commission of Jurists*. Botero Marino también actuó como Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) entre 2008 y 2014, durante más de nueve años fue Magistrada Auxiliar y Conjueza en la Corte Constitucional de Colombia y Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes entre 2016 y 2021.

La trayectoria académica de la Profesora tuvo su inicio en la Universidad de los Andes, donde se licenció en Derecho y a continuación realizó sus estudios de posgrado en Gestión Pública y Derecho Administrativo. Posteriormente, se marchó a Madrid, en donde cursó un posgrado en Derechos Humanos en la Universidad Complutense. En esta misma ciudad, estudió Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales y se tituló en Estudios Avanzados (DEA) en la Universidad Carlos III. Su experiencia docente incluye la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de los Andes; la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia y su actuación como profesora visitante de la Facultad de Derecho de la

University em Washington DC. e como professora convidada do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Catalina Botero Marino também contribuiu para a formação continuada de juristas, sendo professora na Escola Judicial Rodrigo Lara Bonilla do Conselho Superior da Magistratura da Colômbia e palestrante da Cátedra Ciro Angarita Barón, da *Defensoría del Pueblo*.

A entrevistada foi parte do Painel Externo de Transparência do *Inter-American Development Bank*, do Conselho Consultivo da *International Bar Association's Human Rights Institute* e do observatório global *Internet & Jurisdiction Project*. Outras experiências incluem a participação no comitê acadêmico internacional do *Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información* da *Universidad de Palermo* e da Junta Diretiva da *Fundación para la Libertad de Expresión*, atuação na assessoria do Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação do México e participação no Conselho Acadêmico do Centro de Estudos Constitucionais da *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*. *Tem escrito relatórios e artigos sobre direitos humanos e liberdade de expressão traduzidos a vários idiomas.*

Parte 1 – Trajetória, vida acadêmica e profissional

Suprema. Professora, a senhora é referência nos estudos jurídicos e na

American University em Washington D.C. y como profesora invitada del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Catalina Botero Marino también ha trabajado con la educación continua de juristas, impartiendo clases en distintas escuelas judiciales como la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia y panelista de la Cátedra Ciro Angarita Barón, de la Defensoría del Pueblo.

La entrevistada integró el Panel Externo de Transparencia del *Inter-American Development Bank*, el Consejo Consultivo de la *International Bar Association's Human Rights Institute* y el observatorio global *Internet & Jurisdiction Project*. Otras experiencias incluyen la participación en el comité académico internacional del Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo y de la Junta Directiva de la Fundación para la Libertad de Expresión; la actuación en la asesoría del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México y la participación en el Consejo Académico del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Ha escrito informes y artículos sobre derechos humanos y libertad de expresión traducidos a varios idiomas.

Parte 1 – Trayectoria, vida académica y profesional

Suprema. Profesora, Usted es una referencia en los estudios jurídicos y en la

defesa dos direitos humanos. Sabemos que há diferentes componentes que influenciam a vida das pessoas, os quais podem impactar as escolhas acadêmicas e profissionais, como é o caso das companhias, dos lugares por onde transitou, da família, dos amigos e de tantos outros. Poderia nos contar como percebe o papel e a importância desses elementos para o desenvolvimento de sua trajetória profissional?

Estudei leis e tenho exercido o direito como um instrumento de defesa dos direitos humanos, em grande parte marcado pelas vivências da minha infância. No último século, a Colômbia teve uma breve ditadura, mas vem tendo vários governos autoritários com práticas de repressão, como prisões arbitrárias, tortura e execuções extrajudiciais. No final da década de 1970, grandes amigos dos meus pais, que estavam sendo perseguidos por suas crenças políticas, passavam pela minha casa – um lar amável, plural e que respeitava as diferenças. Apesar dos esforços dos meus pais para nos proteger do sofrimento que acompanhava essas histórias, era impossível que não víssemos o que estava acontecendo. Em situações tão dramáticas, o acesso a um advogado ou a um juiz correto era capaz de evitar grandes injustiças. Essa experiência deixou uma marca definitiva em mim.

Suprema. Durante os seus anos como estudante universitária, a senhora participou ativamente da *Séptima Papeleta*⁶,

⁶ Durante as eleições de 1990 da Colômbia, frente a um processo político marcado pela violência, estudantes

defensa de los derechos humanos. Sabemos que hay diferentes elementos que influyen en la vida de una persona, que pueden tener impactos en las elecciones académicas y profesionales, como es el caso de las compañías, de los lugares por donde ha pasado, de la familia, de los amigos y de tantos otros. ¿Podría decirnos cómo percibe el papel y la importancia de estos elementos en el desarrollo de su trayectoria profesional?

Estudí leyes y he ejercido el derecho como un instrumento de defensa de derechos humanos, en buena parte, marcada por vivencias de mi infancia. Colombia en el último siglo tuvo una corta dictadura, pero ha tenido varios gobiernos autoritarios con prácticas de represión como las detenciones arbitrarias, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales. A finales de la década de los 70's por mi casa – un hogar amable, plural y respetuoso de las diferencias –, desfilaron buenos amigos de mis padres que estaban siendo perseguidos por sus ideas políticas. A pesar de los esfuerzos de mis padres para protegernos del sufrimiento que acompañaba esas historias, era imposible que no lo viéramos. En esas dramáticas situaciones, el acceso a un abogado o a un juez correcto lograba evitar enormes injusticias. Esa experiencia me marcó de manera definitiva.

Suprema. A lo largo de sus años como estudiante universitaria, Usted participó activamente en la “*Séptima Papeleta*”¹, un importante movimiento que

¹ Durante las elecciones de 1990 en Colombia, ante un proceso político marcado por la violencia, los estudiantes

movimento importante que resultou na Assembleia Constituinte da Colômbia de 1991. Na sua opinião, qual é a importância das mobilizações populares para transformar as realidades constitucionais de um país? Sente que o fato de ter participado tão jovem desse movimento impactou sua forma de enxergar o direito?

A mobilização popular é um mecanismo poderoso para expressar ideias, denunciar abusos e transformar realidades. Na Colômbia, a mobilização estudantil foi decisiva para alcançar mudanças libertadoras e esperançosas, como as que surgiram a partir da Constituição de 1991. O movimento estudantil que deu origem a essa Constituição era formado por jovens de todas as classes sociais e de diferentes universidades públicas e privadas. Jovens que cresceram em meio a um conflito armado interno e foram ensinados a temerem uns aos outros. Porém, nesse contexto de violência brutal, de bombas do tráfico de drogas, de assassinato de 4 pré-candidatos à presidência e de homicídio de milhares de líderes políticos, decidimos desafiar nossos medos e con-

universitários protagonizaram o movimento *Séptima Papeleta*, que convocou a população a depositar uma sétima cédula nas urnas reivindicando a realização de uma Assembleia Constituinte. Diante da pressão popular, o presidente à época, Virgílio Barco, realizou um plebiscito oficial durante as eleições presidenciais, em que mais de 5 milhões de colombianos votaram a favor da Constituinte. A nova Constituição colombiana viria a ser promulgada no dia 4 de julho de 1991, consolidando-se enquanto uma das mais inovadoras e respeitadas da América Latina. Para saber mais em uma breve consulta, ver: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51829209>.

dio lugar a la Asamblea Constituyente de Colombia de 1991. En su opinión, ¿qué importancia tienen las movilizaciones populares en la transformación de realidades constitucionales de un país? ¿Cree que haber participado en este movimiento en una edad tan temprana ha tenido un impacto en su forma de ver el derecho?

La movilización popular es un poderoso motor para expresar ideas, denunciar atropellos y transformar realidades. En Colombia, la movilización estudiantil fue determinante para lograr cambios oxigenantes y esperanzadores como los que surgieron a partir de la Constitución de 1991. El movimiento estudiantil que dio origen a esa Constitución, estaba integrado por jóvenes de todos los sectores sociales y de distintas universidades públicas y privadas. Jóvenes que habían crecido en medio de un conflicto armado interno y educados para temerse entre sí. Sin embargo, en el contexto de una violencia brutal, de las bombas del narcotráfico, del asesinato de 4 precandidatos presidenciales y del homicidio de miles de líderes políticos, decidimos desafiar los miedos y confiar los unos

universitarios lideraron el movimiento “Séptima Papeleta”, que convocaba a la población a depositar, en las elecciones generales de ese año, una séptima papeleta en las urnas pidiendo la realización de una Asamblea Constituyente. Ante la presión popular, el entonces presidente, Virgilio Barco, convocó un plebiscito oficial durante las elecciones presidenciales, en el que más de 5 millones de colombianos votaron a favor de la Constituyente. La nueva Constitución Colombiana se promulgó el 4 de julio de 1991 y se ha convertido en una de las más innovadoras y respetadas de América Latina. Para más información, véase: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51829209>.

fiar uns nos outros. Fizemos do respeito às nossas diferenças uma das nossas maiores fortalezas. Romper com o mito de que não cabíamos no mesmo país foi uma experiência profundamente emocionante. Com pouquíssimos recursos, nos mobilizamos por todo o território e organizamos redes, reuniões, assembleias, marchas, publicações, panfletos, tudo com o propósito de que fosse convocada uma assembleia constitucional que nos permitisse ter um novo pacto político. E assim foi feito. O resultado foi uma bela constituição, que hoje continua sendo o ponto de comunhão mais importante para o povo da Colômbia. Essa foi uma das poucas vezes na história de toda a nossa região em que uma constituição surgiu de um verdadeiro acordo comum e não do triunfo efêmero de uma maioria política conjuntural.

Suprema. Ao observar o percurso desenhado em sua carreira, percebe-se uma transição de sua atuação profissional do Direito Administrativo para os Direitos Humanos. Como foi esse processo de transição de área? Existiram influências marcantes, sejam elas acadêmicas, sejam pessoais, que a motivaram a seguir por esse novo caminho?

Iniciei minha carreira em 1992, na Corte Constitucional, com um juiz excepcional (Ciro Angarita). Minha função era auxiliar na projeção de decisões sobre direitos fundamentais, e, para isso, eu tinha de atender aos ditames do direito internacional, visto que foram incorporados ao ordenamento interno de forma expressa pela Constituição colombiana,

en los otros. Hicimos del respeto por nuestras diferencias una de nuestras más importantes fortalezas. Romper el mito de que no cabíamos en el mismo país, fue una experiencia profundamente emocionante. Con muy pocos recursos nos movilizamos por todo el territorio y organizamos redes, reuniones, asambleas, marchas, publicaciones, panfletos, todo con el propósito de que fuera convocada una asamblea constituyente que nos permitiera tener un nuevo pacto político. Y así fue. El resultado fue una bella constitución que hoy sigue siendo el punto más importante de comunión de las personas en Colombia. Es una de las pocas veces en la historia de toda nuestra región, en el que una constitución surge de un verdadero acuerdo común y no del triunfo efímero de una mayoría política coyuntural.

Suprema. Si observamos su trayectoria, podemos ver una transición en su actuación profesional del Derecho Constitucional al derecho internacional de los Derechos Humanos. ¿Cómo se desarrolló este proceso de transición? ¿Hubo alguna influencia relevante, ya sea académica o personal, que le motivó a seguir este nuevo camino?

Comencé mi carrera en 1992 en la Corte Constitucional con un juez excepcional (Ciro Angarita). Mi tarea era ayudar en la proyección de decisiones sobre derechos fundamentales y, para ello, tenía que atender a los dictados del derecho internacional, pues la Constitución colombiana expresamente lo incorpora al ordenamiento interno, dando lugar

dando origem ao que é conhecido como “bloco de constitucionalidade”. Em 2008, depois de muitos anos na Corte e de ter passado por outros lugares, nos quais o direito internacional é muito relevante, como é o caso da *Defensoría del Pueblo*, decidi concorrer ao cargo de Relatora Especial de Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Fui eleita e foi a partir daí que me dediquei a trabalhar essencialmente com direito internacional dos direitos humanos.

Suprema. No âmbito da prática jurídica, a senhora foi *Conjueza*⁷ na Corte Constitucional da Colômbia (CCC). Além disso, atuou como Magistrada Auxiliar durante diversos períodos. Como avalia sua experiência de participação ativa na CCC? Acredita que os seus estudos sobre liberdade de expressão e defesa da democracia impactaram ou foram impactados por essa atuação?

Entre na Corte Constitucional em um momento magnífico, em que todos os magistrados (no início, eram todos homens), apesar de suas diferentes origens e filiações ideológicas, deixaram-se contagiar pelo espírito dessa nova constituição e a implementaram a todo vapor. O direito constitucional foi transformado

a lo que se conoce como el “bloque de Constitucionalidad”. En 2008, después de muchos años en la Corte y de haber pasado por otros lugares en los cuales el derecho internacional es muy relevante, como la Defensoría del Pueblo, decidí presentarme al concurso para el cargo de Relatora Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fui seleccionada y fue a partir de ahí cuando me concentré a trabajar esencialmente en derecho internacional de los derechos humanos.

Suprema. Hablemos de su papel como “Conjueza”² en la Corte Constitucional de Colombia (CCC), y como Magistrada Auxiliar durante varios periodos. ¿Cómo calificaría su experiencia de participación activa en la CCC? ¿Cree que sus estudios sobre libertad de expresión y defensa de la democracia han producido un impacto o se han visto impactados por este trabajo?

Entré a la Corte Constitucional en un momento magnífico en el cual el conjunto de magistrados (al inicio eran todos hombres) a pesar de sus distintos orígenes y filiaciones ideológicas, se dejaron contagiar por el espíritu de esa nueva constitución y la pusieron en marcha a todo vapor. El derecho constitucional se

⁷ *Conjueces* são advogados ou advogadas nomeados pelas Corporações Judiciais para atuarem como magistrados ou conselheiros de Estado na Corte Constitucional da Colômbia, quando há empate na votação ou quando não é possível formar o quórum necessário para uma decisão. A informação foi retirada e traduzida do site: <https://www.consejodeestado.gov.co/conjueces/index.htm>.

² Los *Conjueces* son abogados o abogadas nombradas por las Corporaciones Judiciales para actuar como magistrados o consejeros de Estado en la Corte Constitucional de Colombia, cuando se presenta un empate en una votación o no es posible integrar el quórum necesario para que se dé una decisión. Esta información fue extraída de la siguiente página web: <https://www.consejodeestado.gov.co/conjueces/index.htm>.

em um poderoso mecanismo de proteção dos direitos humanos. Graças à *acción de tutela* (um novo recurso introduzido pela Constituição de 1991), centenas de milhares de pessoas puderam, pela primeira vez, recorrer diretamente a um juiz constitucional para que tivessem seus direitos protegidos. Milhares de respostas judiciais oportunas e justas fizeram com que as pessoas pudessem sentir os benefícios concretos de viver em um estado social de direito. Nesse processo, um dos direitos protegidos de forma robusta pela Corte foi o direito à liberdade de expressão. Minha passagem pela Corte foi essencial para aprender com grandes mestres sobre como ponderar esses direitos e extrair o melhor dos textos legais que lhe conferem garantias reforçadas. Esse aprendizado foi fundamental para que eu pudesse enfrentar os desafios regionais que competem à relatoria. Posteriormente, os padrões que elaboramos com a equipe da relatoria têm sido utilizados e aprimorados por vários tribunais constitucionais, incluindo a Corte Colombiana. Um círculo virtuoso de permanente aprendizagem, que fez parte daquilo que renomados acadêmicos do Instituto Max Planck denominaram um verdadeiro direito constitucional comum transformador.

Suprema. A senhora ocupou o importante cargo de Diretora da Faculdade de Direito da *Universidad de los Andes*⁸.

⁸ Catalina foi nomeada Decana de Direito da Universidade em 2016 e permaneceu no cargo até 2021. Notícia disponível no site da Universidade: <https://www.uniandes.edu.co/es/noticias/nombramientos/catalina-botero-nueva-decana-de-derecho>.

convirtió en un poderoso mecanismo de protección de derechos humanos. Gracias a la *acción de tutela* (un nuevo recurso introducido por la Constitución de 1991) cientos de miles de personas pudieron, por primera vez, acudir directamente a un juez constitucional para que les protegiera sus derechos. Miles de respuestas judiciales oportunas y justas, hicieron sentir a la gente los beneficios concretos de vivir en un estado social de derecho. En ese proceso, uno de los derechos que la Corte protegió de manera muy robusta fue el derecho a la libertad de expresión. El paso por la Corte fue esencial para aprender de grandes maestros, sobre como ponderar este derecho y extraer lo mejor de los textos legales que le otorgan garantías reforzadas. Ese aprendizaje fue fundamental para enfrentarme a los desafíos regionales que le competen a la Relatoría. Posteriormente, los estándares que elaboramos con el equipo de la Relatoría han sido utilizados y enriquecidos por varios tribunales constitucionales, incluyendo la Corte Colombiana. Un círculo virtuoso de permanente aprendizaje, que hizo parte de lo que destacados académicos del instituto Max Planck han denominado un verdadero derecho constitucional común transformador.

Suprema. Usted ocupó el importante cargo de Directora de la Facultad de Derecho la *Universidad de los Andes*³.

³ Catalina fue nombrada decana de Derecho de la Universidad en 2016 y permaneció en el cargo hasta 2021. Noticia disponible en la página de la Universidad: <https://www.uniandes.edu.co/es/noticias/nombramientos/catalina-botero-nueva-decana-de-derecho>.

Poderia nos contar um pouco sobre essa experiência que é, infelizmente, ainda pouco usual para muitas mulheres no campo das instituições de ensino do direito? Apesar dos avanços para o alcance da igualdade de gênero, quais barreiras socioculturais ainda precisam ser enfrentadas para que mais mulheres ocupem espaços de relevo, em que suas vozes sejam ouvidas e respeitadas nos campos de atuação e de representação política?

A Universidade dos Andes tem uma tendência igualitária notável. Atualmente, a reitora é uma mulher. No entanto, ao longo de minha carreira profissional, aprendi que, diferentemente dos homens, quando se trata de escolher uma mulher para um cargo elevado, sempre surgem pretextos: ou você é muito jovem ou muito velha; ou não é qualificada ou é qualificada demais; ou é excessivamente emotiva ou não tem caráter. Não é incomum que uma ideia expressa por uma mulher passe despercebida em uma reunião de trabalho, mas seja considerada um golpe de gênio quando é manifestada posteriormente por um homem. Essas barreiras são mais difíceis de superar do que parecem e, muitas vezes, não são compreendidas por aqueles que não as enfrentam. Alguns ridicularizam sua existência, enquanto outros, mesmo quando são responsáveis por trabalhar com questões de gênero, reproduzem esses preconceitos. No entanto, muitas mulheres que vieram antes de mim, e espero que nós depois delas, contribuamos para facilitar um pouco o caminho para as novas gerações.

¿Podría contarnos un poco sobre esta experiencia que, lamentablemente, sigue siendo poco usual para muchas mujeres en el ámbito de las instituciones de enseñanza del derecho? A pesar de los avances para llegar a la igualdad de género, ¿qué barreras socioculturales aún deben ser enfrentadas para que más mujeres ocupen espacios destacados en los que sus voces sean escuchadas y respetadas en los campos de actuación y de representación política?

La Universidad de los Andes tiene una notable tendencia igualitaria. En la actualidad, la rectora es una mujer. Sin embargo, a lo largo de mi carrera profesional he aprendido que, a diferencia de los hombres, cuando se trata de elegir a una mujer para ocupar un alto cargo, siempre surgen pretextos: o eres demasiado joven o demasiado mayor; o no tienes las cualificaciones para ejercer el cargo o estás sobrecualificada; o eres excesivamente emocional o te falta carácter. No es extraño que una idea expresada por una mujer pase desapercibida en una reunión de trabajo, solo para ser luego considerada una genialidad cuando, más tarde, la manifiesta un hombre. Esas barreras son más difíciles de superar de lo que parece, y muchas veces no son comprendidas por quienes no las viven. Hay quienes se burlan de su existencia, mientras que otros, incluso cuando tienen como responsabilidad trabajar en temas de género, reproducen esos sesgos. No obstante, muchas mujeres que me precedieron, y espero que nosotras después de ellas, hayamos contribuido a aliviar un poco el camino para las nuevas generaciones.

Suprema. Dentre os relevantes projetos para os direitos humanos dos quais participou e participa, destaca-se o *Dejusticia*⁹, organização fundamental na promoção dos direitos humanos e da justiça social, que combina pesquisa acadêmica, *advocacy* e litigância estratégica. Poderia nos contar como sua formação influenciou a criação do *Dejusticia* e de que forma as propostas da organização evoluíram, desde sua origem, para enfrentar os desafios do campo da justiça social?

A *Dejusticia* foi fundada por um grupo de professores que queriam combinar o ativismo na proteção dos direitos humanos com o rigor acadêmico. Buscamos fundar uma entidade com um compromisso científico inabalável, mas que também tivesse o objetivo de intervir e influenciar importantes debates atuais sobre direitos humanos. Acredito que hoje a *Dejusticia* alcançou esse objetivo, é uma organização líder na produção de conhecimento acadêmico destinado a enfrentar, como você aponta em sua pergunta, os desafios da justiça social, mas também as novas/velhas ameaças que estão ressurgindo em nossas frágeis democracias e até mesmo os desafios associados à irrupção tecnológica.

⁹ Mais informações podem ser encontradas no *site* do projeto: <https://www.dejusticia.org/nosotros/#quienes-somos>.

Suprema. Entre los relevantes proyectos para los derechos humanos de los que ha participado y sigue participando, se destaca *Dejusticia*⁴, una organización fundamental en la promoción de los derechos humanos y de la justicia social, que reúne a la investigación académica, a la *advocacy* y a la litigación estratégica. ¿Podría decirnos cómo influyó su formación en la creación del *Dejusticia* y cómo han evolucionado las propuestas de la organización, desde su creación, para enfrentar a los retos del ámbito de la justicia social?

Dejusticia fue fundada por un grupo de profesores que queríamos combinar el activismo en la protección de los derechos humanos con el rigor académico. Buscábamos entonces fundar una entidad con un inquebrantable compromiso científico pero encaminada a intervenir e incidir en debates actuales de importancia en materia de derechos humanos. Creo que hoy *Dejusticia* ha logrado ese propósito. Es una organización líder en la producción de conocimiento académico orientado a afrontar, -como lo señalas en tu pregunta-, los retos de la justicia social, pero también las nuevas/viejas amenazas que están reapareciendo en nuestras frágiles democracias e, incluso, los desafíos asociados a la irrupción tecnológica.

⁴ Para más información, acceda a la página web del proyecto: <https://www.dejusticia.org/nosotros/#quienes-somos>.

Parte 2 – Liberdade de expressão, acesso à informação e novas tecnologias

Suprema. A senhora ocupou, entre 2008 e 2014, o cargo de Relatora Especial para a Liberdade de Expressão, na Organização dos Estados Americanos (OEA), função que visa criar padrões internacionais para assegurar o acesso à informação, a diversidade de opiniões e a proteção de jornalistas e comunicadores. Tendo em vista sua vasta experiência acadêmica e profissional, qual importância que a senhora atribui aos organismos internacionais na garantia da liberdade de expressão?

Acredito que eles são essenciais. Hoje, mais do que nunca, neste século. Hoje a liberdade de expressão é um direito sob grande ameaça. A região tem alguns dos lugares mais perigosos do mundo para ser jornalista, depois da Ucrânia e de Gaza. Certos líderes políticos parecem competir pelo primeiro lugar na categoria dos que mais insultam jornalistas ou opositores. Alguns estados estão até mesmo dismantando as instituições encarregadas de garantir o direito de acesso à informação. E, finalmente, a maneira como as redes sociais operam significa que, não raramente, a liberdade de expressar ideias é substituída por um ruído ensurdecedor e excludente que silencia muitas vozes e impede a deliberação. As organizações internacionais, como a relatoria

Parte 2 – Libertad de expresión, acceso a la información y nuevas tecnologías

Suprema. Entre 2008 y 2014, usted ocupó el cargo de Relatora Especial para la Libertad de Expresión en la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo era crear normas internacionales para garantizar el acceso a la información, la diversidad de opinión y la protección de periodistas y comunicadores. Dada su amplia experiencia académica y profesional, ¿qué importancia cree que tienen las organizaciones internacionales para garantizar la libertad de expresión?

Creo que son esenciales. Hoy más que nunca antes en el presente siglo. Actualmente, la libertad de expresión es un derecho muy amenazado. En la región están algunos de los lugares más peligrosos del mundo para ejercer el periodismo después de Ucrania y Gaza. Ciertos líderes políticos parecen competir por obtener el primer puesto en la categoría de los que más insultan a periodistas u opositores. Algunos Estados están incluso dismantando las instituciones encargadas de garantizar el derecho de acceso a la información. Y para culminar, la manera como operan las redes sociales hace que, no pocas veces, la libertad de expresar ideas sea sustituida por un ruido ensordecedor y excluyente que silencia muchas voces e impide la deliberación. Las organizaciones internacionales

ou a própria CIDH, podem ver isso em perspectiva, documentar, denunciar e tornar visíveis os abusos que alguns governos querem normalizar; lembrar e desenvolver padrões democráticos sobre o assunto; e promover decisões quase judiciais ou judiciais que condenem práticas antidemocráticas. Isso não é um feito fácil, mas também é preciso dizer que é insuficiente. A proteção mais eficaz da liberdade de expressão e de outros direitos humanos depende de a grande maioria das pessoas, em cada país, defender as instituições nacionais de proteção, como o judiciário independente. Se as pessoas, movidas por emoções negativas, contribuírem para a destruição das instituições nacionais criadas para proteger seus direitos, elas acabarão sofrendo as consequências da solitária e dolorosa indefensibilidade a que levam os autoritarismos.

Suprema. Sobre os efeitos das redes sociais no sistema democrático, temos visto a amplificação de discursos de ódio e um descontrole na circulação de desinformação. Como estudiosa da liberdade de expressão nas Américas, de que forma acredita que as novas tecnologias e as plataformas de comunicação digitais podem fortalecer ou fragilizar o papel da imprensa livre em contextos políticos de ataques antidemocráticos? Como os tribunais e as cortes podem atuar nesses cenários e fomentar a construção de espaços de livre circulação de ideias bem fundamentadas?

como la Relatoría o la propia CIDH pueden ver esto en perspectiva, documentar, denunciar y visibilizar los abusos que algunos gobiernos quieren normalizar, recordar y desarrollar estándares democráticos en el tema, y promover decisiones cuasi-judiciales o judiciales que condenen prácticas antidemocráticas. Esto no es poco, pero también hay que decir que es insuficiente. La protección más efectiva de la libertad de expresión y los otros derechos humanos depende de que la gran mayoría de las personas, en cada país, defiendan las instituciones nacionales de protección, como la judicatura independiente. Si la gente, movida por emociones negativas, contribuye a la destrucción de las instituciones nacionales creadas para proteger sus derechos, terminará sufriendo las consecuencias de la solitaria y dolorosa indefensión a la que conducen los autoritarismos.

Suprema. En cuanto a los efectos de las redes sociales sobre el sistema democrático, hemos visto la amplificación del discurso de odio y la falta de control sobre la circulación de la desinformación. Como estudiosa de la libertad de expresión en las Américas, ¿cómo cree que las nuevas tecnologías y las plataformas digitales de comunicación pueden fortalecer o debilitar el papel de la prensa libre en contextos políticos de ataques antidemocráticos? ¿Cómo pueden las cortes y tribunales actuar en estos escenarios y fomentar la construcción de espacios para la libre circulación de ideas bien fundamentadas?

Para começar, gostaria de mencionar que concordo com a premissa de sua pergunta. Acredito que é essencial recuperar a relevância e a confiança nas fontes tradicionais de informação que estão sujeitas a métodos rigorosos de verificação. A ciência, a academia e o jornalismo profissional não podem ser substituídos por rumores paranoicos ou teorias da conspiração que, muitas vezes, são maliciosamente amplificados e meticulosamente direcionados às pessoas mais sensíveis a essas informações. A desinformação e essas narrativas, que buscam nos fazer odiar uns aos outros, têm como objetivo principal destruir os laços de fraternidade e confiança na sociedade e nas instituições democráticas. Seu propósito é, muitas vezes, criar o contexto ideal para a ascensão de regimes autoritários que, sem exceção, tiveram consequências catastróficas.

Com relação à primeira parte da sua pergunta, para que as pessoas possam tomar decisões informadas, elas precisam ter acesso a essas fontes de informações confiáveis. Para isso, é essencial adotar medidas que permitam às pessoas distinguir o joio do trigo. As regulamentações europeias a esse respeito me parecem ser de grande relevância. Por exemplo, a chamada Lei de Serviços Digitais (DSA) na Europa obriga as grandes plataformas a serem mais transparentes e responsáveis pela forma como moderam o conteúdo, bem como pelo impacto de suas decisões de design e algoritmos. Também é essencial proteger o jornalismo independente e seu modelo de negócios. Caso contrá-

Déjame comenzar por mencionar que estoy de acuerdo con la premisa de tu pregunta. Creo que es indispensable recobrar la relevancia y la confianza en las fuentes tradicionales de información que se someten a métodos rigurosos de verificación. La ciencia, la academia, el periodismo profesional, no pueden ser sustituidos por rumores paranoicos o por teorías de la conspiración que suelen ser amplificadas maliciosamente y dirigidas meticulosamente a las personas más sensibles a esta información. La desinformación y estas narrativas que persiguen que nos odiamos los unos con los otros, tienen como objetivo principal destruir los lazos de fraternidad y confianza en la sociedad y en las instituciones democráticas. Su propósito suele ser crear el contexto ideal para el surgimiento de regímenes autoritarios que, sin excepción, han tenido consecuencias catastróficas.

En cuanto a la primera parte de tu pregunta, para que la gente pueda tomar decisiones informadas debe tener acceso a esas fuentes de información confiable. Para ello es indispensable adoptar medidas que permitan a la gente diferenciar la paja del trigo. Las regulaciones europeas en este sentido, me parecen de gran relevancia. Por ejemplo, la llamada Ley de Servicios Digitales (DSA por sus siglas en inglés) en Europa, obliga a las grandes plataformas a ser más transparentes y a rendir cuentas sobre la manera como moderan el contenido, así como sobre los impactos que tienen sus decisiones de diseño, sus algoritmos. También es esencial proteger al periodismo independiente,

rio, não haverá jornalismo profissional e, como Amartya Sen corretamente apontou, sem jornalismo profissional não haverá informações confiáveis, desenvolvimento humano e democracias sólidas.

Por fim, o papel das cortes e tribunais é crucial na tarefa de proteger os direitos fundamentais na esfera digital. Há uma necessidade urgente de criar uma jurisprudência consistente para enfrentar os desafios impostos pelas novas tecnologias. Nesse sentido, vale a pena mencionar que os atores privados, como as plataformas, têm responsabilidades em relação aos direitos humanos e que alguns juízes constitucionais, em países como Alemanha, Itália, Brasil ou Colômbia, já as colocaram em prática. Os princípios usados por esses juízes derivam, em geral, da doutrina alemã de aplicação horizontal dos direitos humanos. Explico seus desenvolvimentos específicos em um artigo que será publicado em breve em um livro editado pela professora Flavia Piovesan no Brasil.

Suprema. Em um mundo hiperconectado, as tecnologias de informação e comunicação são meios facilitadores de acesso ao conhecimento e podem se consolidar como espaços democráticos de debate e de trocas culturais e artísticas. Todavia, o acesso a essas tecnologias não é a realidade de muitos que vivem em países imersos em desigualdades sociais, especialmente no Sul Global. Como a senhora enxerga as limitações e os desafios no campo da defesa do direito ao

así como su modelo de negocio. De otra forma no habrá periodismo profesional y, como lo señaló bien Amartya Sen, sin periodismo profesional no es posible contar con información confiable, desarrollo humano ni democracias solidas.

Finalmente, el papel de las Cortes y Tribunales es crucial en la tarea de proteger los derechos fundamentales en la esfera digital. Es urgente crear una jurisprudencia consistente para hacer frente a los desafíos que plantean las nuevas tecnologías. A este respecto, no sobra mencionar que los actores privados, como las plataformas, tienen responsabilidades en materia de derechos humanos y que algunos jueces constitucionales en países como Alemania, Italia, Brasil o Colombia, ya las han puesto en práctica. Los principios empleados por esos jueces surgen, en general, de la doctrina alemana de la aplicación horizontal de los derechos humanos. Sus desarrollos específicos los explico en un artículo que será publicado prontamente en un libro editado por la profesora Flavia Piovesan en Brasil.

Suprema. En un mundo hiperconectado, las tecnologías de la información y la comunicación facilitan el acceso al conocimiento y pueden consolidarse como espacios democráticos de debate e intercambio cultural y artístico. Sin embargo, el acceso a estas tecnologías no es la realidad de muchos que viven en países inmersos en desigualdades sociales, especialmente en el Sur Global. ¿Cómo ve las limitaciones y los retos en el ámbito de la defensa del

acesso à informação e à liberdade de expressão nesses países?

Acredito que alguns direitos digitais, como o direito à conectividade e o direito à alfabetização digital, tornaram-se direitos essenciais e devem ser reconhecidos como direitos universais devido à sua importância crucial para o exercício de outros direitos. Na região, em uma sentença visionária de 30 de julho de 2010, a Turma Constitucional (ou Quarta Turma) da Suprema Corte da Costa Rica reconheceu isso (sentença 12790 de 2010).

Parte 3 – Democracia, Américas e Justiça

Suprema. O programa *UNESCO'S Judges' Initiative* para a formação de juízes em matéria de liberdade de expressão, do qual a senhora participa, identificou como principais obstáculos para a garantia desse direito a falta de independência do Judiciário, de mecanismos técnicos apropriados e de informações sobre decisões de outros países em matéria de liberdade de expressão. Em sua opinião, como os obstáculos descritos podem ser superados? De que maneira a formação continuada de juristas pode garantir não somente o direito à liberdade de expressão, mas também outros direitos fundamentais?

Os governos autoritários são aqueles que exercem o poder do Estado (incluído o de uso de armas) de forma persistente e sem

derecho de acceso a la información y la libertad de expresión en estos países?

Creo que algunos derechos digitales como el derecho a la conectividad y el derecho a la alfabetización digital, se han convertido en derechos esenciales y deben ser reconocidos como derechos universales por su importancia crucial para el ejercicio de otros derechos. En la región, en una sentencia visionaria del 30 de julio 2010, la Sala Constitucional (o Sala Cuarta) de la Corte suprema de Costa Rica, así lo reconoció (sentencia 12790 de 2010).

Parte 3 – Democracia, América y justicia

Suprema. El programa *UNESCO'S Judges' Initiative* para la formación de jueces en libertad de expresión, en el que usted participa, ha identificado la falta de independencia judicial, de mecanismos técnicos adecuados y de información sobre las decisiones de otros países en materia de libertad de expresión como los principales obstáculos para garantizar este derecho. En su opinión, ¿cómo pueden superarse estos obstáculos? ¿Cómo puede la formación jurídica continua garantizar no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también otros derechos fundamentales?

Los gobiernos autoritarios son aquellos que ejercen el poder del Estado (incluido el del uso de las armas) de forma persis-

controles institucionais. Esses governos são basicamente incomodados por dois fatores: as expressões críticas que os expõem e denunciam a arbitrariedade e os juízes que protegem essas expressões. É por isso que eles procuram controlar os juízes para que ninguém proteja o direito de se expressar criticamente. Em outras palavras, os juízes são a última barreira da liberdade de expressão. Se não houver juízes independentes e autônomos, não haverá liberdade de expressão, mas, onde há autonomia e independência do poder judiciário, é indispensável que os juízes conheçam os mais altos padrões de proteção de direitos. Esse não é um treinamento padrão nas faculdades de direito e é essencial que seja incutido nas escolas da magistratura, pois a função mais importante de qualquer juiz é defender os direitos humanos. Geralmente, essa tarefa exige que se decida contra os próprios desejos e preferências pessoais e, para isso, é indispensável contar com as técnicas e os critérios especializados que a doutrina e a jurisprudência vêm desenvolvendo há várias décadas. Para resolver conflitos de direitos humanos de forma adequada, é preciso um treinamento adequado.

Suprema. Mais recentemente, a senhora contribuiu para a construção do projeto *Oversight Board*¹⁰, iniciativa de uma grande empresa de tecnologia para moderar conteúdo a partir da perspectiva dos direitos humanos. O Comitê formado pelo projeto é independente

¹⁰ Mais informações podem ser encontradas no site do projeto: <https://www.oversightboard.com/>.

tente y sin controles institucionales. A estos gobiernos les molestan básicamente dos factores: las expresiones críticas que los exponen y denuncian la arbitrariedad, y los jueces que protegen esas expresiones. Por eso buscan controlar a los jueces para que así nadie proteja el derecho a expresarse críticamente. En otras palabras, los jueces son la última barrera de la libertad de expresión. Si no hay jueces independientes y autónomos no hay libertad de expresión. Pero allí donde existe autonomía e independencia del poder judicial, es indispensable que los jueces conozcan los más altos estándares de protección de los derechos. Este no es un entrenamiento habitual en las facultades de derecho y es indispensable que se instaure en las escuelas judiciales, pues el papel más importante de cualquier juez es el de defender derechos humanos. Esta tarea exige muchas veces decidir en contra de los propios deseos y preferencias personales y, para ello, es indispensable contar con las técnicas y criterios especializados que la doctrina y la jurisprudencia lleva elaborando varias décadas. Para resolver conflictos de derechos humanos adecuadamente, hay que entrenarse adecuadamente.

Suprema. Más recientemente, Usted contribuyó a crear el proyecto *Oversight Board*⁵, una iniciativa de una gran empresa tecnológica para moderar contenidos desde la perspectiva de los derechos humanos. El comité formado por el proyecto hace reco-

⁵ Más información en la página web del proyecto: <https://www.oversightboard.com/>.

e fornece recomendações políticas à empresa, de modo que esta possa melhorar suas regras e agir com mais transparência frente aos seus usuários. A senhora acredita que medidas como essa podem se tornar frequentes no mundo da tecnologia? Na sua opinião, qual deve ser o papel do Estado nas discussões sobre moderação de conteúdo?

Todas as grandes empresas de tecnologia, cujos serviços possam afetar os direitos humanos, devem ter mecanismos de supervisão internos e independentes de controle. Esses mecanismos só podem cumprir sua função lealmente, como sistemas de controle interno, se aqueles que os compõem tiverem garantias robustas semelhantes às do Poder Judiciário. Portanto, as pessoas encarregadas de tomar decisões de supervisão para as empresas devem ter contratos de prazo fixo e devem ter total autonomia para definir suas prioridades, administrar seu próprio orçamento, gerenciar sua própria administração e lidar com seus próprios processos disciplinares. Qualquer interferência direta ou indireta da empresa nessas decisões compromete a independência desses órgãos, mas, além disso, dado o impacto das grandes plataformas na vida em sociedade, é essencial que, como em qualquer outro grande setor, existam órgãos externos autônomos que possam supervisionar, com as devidas ressalvas e garantias, que os serviços prestados pelas plataformas não estejam sendo usados para fins ilícitos. Essas autoridades deveriam poder exigir que as plataformas realizem análises de risco

mendaciones políticas a la empresa para que mejore sus normas y actúe de forma más transparente con sus usuarios. ¿Cree que medidas como esta podrían generalizarse en el mundo de la tecnología? En su opinión, ¿qué papel debe desempeñar el Estado en los debates sobre moderación de contenidos?

Todas las grandes empresas tecnológicas cuyos servicios puedan impactar los derechos humanos, deberían tener mecanismos internos e independientes de control. Estos mecanismos solo pueden cumplir lealmente su función como sistemas de control interno, si quienes los integran tienen garantías robustas similares a las del poder judicial. Por ello, quienes están encargados de adoptar las decisiones de supervisión de las empresas, deben contar con contratos a término fijo y deben tener total autonomía para definir sus prioridades, administrar su propio presupuesto, gestionar su propia administración y tramitar sus propios procesos disciplinarios. Cualquier interferencia, directa o indirecta de la compañía en estas decisiones, compromete la independencia de estos órganos. Pero además, dado el impacto de las grandes plataformas en la vida en sociedad, resulta indispensable que, como en cualquier otra gran industria, existan agencias autónomas externas que puedan supervisar, con las reservas y cautelas apropiadas, que los servicios que prestan las plataformas no están siendo utilizados para fines ilícitos. Estas autoridades deberían poder ordenar a las plataformas la realización de análisis de riesgo sistémico sobre las

sistêmico de suas decisões de projeto, políticas e sistemas de implementação e garantir que tenham incorporado todas as medidas de mitigação necessárias para lidar com quaisquer riscos. Devem ser exigidas das plataformas mais transparência e mais prestação de contas, por exemplo, quanto à existência de conflitos de interesse, e os usuários devem ter a garantia de processos de apelação mais robustos. Isso independe dos poderes dos órgãos judiciais que mencionei em uma pergunta anterior. Acredito que as decisões sobre moderação de conteúdo devem ser passíveis de contestação judicial e que os juízes devem decidir esses casos usando a doutrina do efeito horizontal dos direitos fundamentais (o chamado *Drittwirkung der grundrechte*).

Suprema. Assim como no âmbito internacional, a liberdade de expressão é uma pauta antiga no Supremo Tribunal Federal, que sofre alterações e se complexifica na medida em que os avanços tecnológicos são incorporados na realidade social. Há 20 anos, no Caso Ellwanger¹¹, a Corte discutiu sobre as limitações à escrita, edição, divulgação e comercialização de livros que fazem apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias. Atualmente, o STF preocupa-se com uma realidade ainda mais complexa,

decisiones de diseño, las políticas y los sistemas de implementación que tengan, y asegurarse de que han incorporado todas las medidas de mitigación indispensables para conjurar cualquier riesgo. Debería exigirse a las plataformas mayor transparencia y rendición de cuentas, por ejemplo, sobre la existencia de conflictos de interés. Y debería garantizarse a las y los usuarios procesos más robustos de apelación. Todo esto, con independencia de las facultades de los órganos judiciales que ya mencioné en una pregunta anterior. Creo que las decisiones sobre moderación de contenidos deben poder ser cuestionadas mediante acciones judiciales y que los jueces deben resolver esos casos empleando la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales (la llamada *Drittwirkung der grundrechte*).

Suprema. Al igual que a nivel internacional, la libertad de expresión es un tema de larga data en el Supremo Tribunal Federal, que cambia y se vuelve más complejo a medida que los avances tecnológicos se incorporan a la realidad social. Hace 20 años, en el caso Ellwanger⁶, la Corte debatió las restricciones a la escritura, a la publicación, a la divulgación y a la comercialización de libros que condonan ideas prejuiciosas y discriminatorias. En la actualidad, el STF se ocupa de una realidad aún más compleja, las

¹¹ O Caso Ellwanger foi julgado no HC 82.424, em 19 de março de 2004, no qual o STF negou a concessão de *habeas corpus* e enquadrou o antissemitismo como crime de racismo e reconheceu a imprescritibilidade dos crimes de racismo.

⁶ El caso Ellwanger fue juzgado en el HC 82.424, el 19 de marzo de 2004, en el que el STF denegó la concesión del *habeas corpus* y calificó el antissemitismo como crimen de racismo y reconoció la imprescritibilidad de los crímenes de racismo.

as chamadas *deep fakes*¹². Quais são os desafios para a propagação de informações de qualidade quando não se pode mais confiar naquilo que vemos e ouvimos? Como o Poder Judiciário pode auxiliar no enfrentamento da desinformação?

Enquanto a democracia é o processo que me permite selecionar minhas preferências políticas, o direito à autonomia pessoal é o direito que me permite selecionar minhas preferências pessoais. Para poder participar do processo democrático ou tomar decisões sobre minha própria vida, preciso ter informações oportunas, suficientes e confiáveis. Não podemos falar de uma decisão livre se essa decisão não for adequadamente informada. Portanto, a informação é um ativo de enorme valor para a integridade do processo eleitoral e para o exercício da liberdade pessoal. Sua importância é tão grande que sempre houve uma disputa acirrada pelo seu controle. Os governos autoritários sonham em impor uma verdade única e oficial para controlar as preferências e os desejos das pessoas. Ao contrário, os sistemas democráticos favorecem a pluralidade porque se baseiam na premissa de que é a deliberação que permite encontrar o que faz sentido ou é realmente valioso para todos. No entanto, as novas formas de comunicação por meio das redes sociais, em muitos casos, favorecem a circulação de conteúdo inflamatório, tendencioso

¹² As *deep fakes* são fotos, vídeos e áudios criados falsamente ou modificados por meio da Inteligência Artificial.

llamadas *deep fakes*⁷. ¿Cuáles son los retos de difundir información de calidad cuando ya no podemos confiar en lo que vemos y oímos? ¿Cómo puede ayudar el Poder Judicial a hacer frente a la desinformación?

Mientras la democracia es el proceso que me permite seleccionar mis preferencias políticas, el derecho a la autonomía personal es el derecho que me permite seleccionar mis preferencias personales. Para poder participar en el proceso democrático o tomar decisiones sobre mi propia vida, debo contar con información oportuna, suficiente y fidedigna. No podemos hablar de una decisión libre si esta decisión no está adecuadamente informada. La información es pues un bien de enorme valor para la integridad del proceso electoral y para el ejercicio de la libertad personal. Es tal su importancia que desde siempre ha existido una ardiente disputa por su control. Los gobiernos autoritarios sueñan con imponer una verdad única, oficial para poder controlar las preferencias y deseos de las personas. Al contrario, los sistemas democráticos favorecen la pluralidad pues parten de la premisa de que es la deliberación la que permite encontrar aquello que tiene sentido o que es verdaderamente valioso para cada uno. Sin embargo, las nuevas formas de comunicación mediante las redes sociales, en no pocos casos, favorecen la circulación de contenidos inflamatorios, tendenciosos

⁷ Los *deep fakes* son fotos, vídeos y audio creados falsamente o modificados mediante Inteligencia Artificial.

ou totalmente falso, com o objetivo de indignar a sociedade, e não de informá-la. Alguns desses casos envolvem conteúdos manipulados que mostram pessoas dizendo algo que não disseram ou fazendo algo que não fizeram, bem como eventos inexistentes. Esses casos se referem às chamadas falsidades profundas ou *deep fakes*, que têm a intenção de enganar os sentidos, e como podemos não acreditar em algo que percebemos por meio dos sentidos? Não chegamos a um estado evolutivo que nos permita, enquanto mantivermos nossa sanidade, dissociar o que percebemos por meio dos sentidos daquilo que não corresponde à realidade. Para lidar com esse fenômeno, acredito que todas as plataformas deveriam investir os recursos necessários para identificar esse tipo de conteúdo e, no mínimo, rotulá-lo com destaque, para que quem o receba saiba imediatamente que é falso. A distribuição dessas informações é ainda mais prejudicial quando é feita por meio de processos de microsegmentação, utilizando indevidamente os dados das pessoas. Se a liberdade e a democracia devem ser protegidas, as pessoas têm o direito de saber, pelo menos, quando estão sendo submetidas a conteúdos manipulados.

Em certos casos, esse conteúdo deve ser removido imediatamente. Imagine, por exemplo, um conteúdo que mostre imagens falsas de uma erupção de lava em direção a uma cidade, deixando dezenas de pessoas mortas pelo caminho. Imagine que esse é um conteúdo manipulado que busca fazer com que os vizinhos fujam em pânico,

o diretamente falsos, destinados a indignar a la sociedad, no a informarla. En algunos de estos casos se trata de contenidos manipulados que muestran a las personas diciendo algo que no han dicho o haciendo algo que no han hecho, así como sucesos inexistentes. Estos casos se refieren a las llamadas falsificaciones profundas o *deep fakes*, que tienen el propósito de engañar a los sentidos y ¿cómo no creer en algo que percibimos a través de los sentidos? No hemos llegado a un estado evolutivo que nos permita, mientras conservamos la cordura, dissociar lo que percibimos a través de los sentidos de lo que no corresponde a la realidad. Para hacer frente a este fenómeno creo que todas las plataformas deberían invertir los recursos necesarios para identificar este tipo de contenidos y, cuando menos, etiquetarlos de manera prominente, de forma tal que quien los reciba sepa, de inmediato, que son falsos. La distribución de esta información es todavía más dañina cuando se hace mediante procesos de microsegmentación, empleando indebidamente los datos de las personas. Si de lo que se trata es de proteger la libertad y la democracia, la gente tiene derecho a saber, al menos, cuando está siendo objeto de contenidos manipulados.

En ciertos casos, esos contenidos deben ser directamente eliminados. Imagina por ejemplo un contenido que muestra las imágenes falsas de una irrupción de lava que se dirige hacia una población dejando a decenas de muertos en el camino. Imagina que se trata de un contenido manipulado que busca que los vecinos

abandonando todos os seus pertences. Suponhamos que o sistema de monitoramento de vulcões confirme que essa informação é completamente falsa, mas as pessoas não sabem como consultá-lo e só recebem dezenas ou centenas de mensagens falsas pelas redes. As plataformas não deveriam remover imediatamente essa informação?

Por fim, o Poder Judiciário poderia ordenar ações concretas por parte das plataformas. Não se trata de se tornar o árbitro da verdade – para usar uma expressão estadunidense – não. Trata-se de ordenar a verificação independente de informações que sejam indispensáveis para o exercício dos direitos e a respectiva moderação pelas plataformas. E tudo isso de forma independente dos governos e em estrita observância à legislação internacional de direitos humanos.

Suprema. Neste ano, celebramos os 200 anos do constitucionalismo no Brasil, que passou por diferentes formas de governo e regimes políticos. A Constituição Federal de 1988 representa o marco democrático nessa história e tem garantido o livre exercício do pensamento. Com o passar dos anos, as redes sociais tornaram-se espaços de mobilização e articulação dos movimentos sociais e políticos. Quando mal utilizadas, no entanto, elas podem trazer consequências desastrosas para o cenário democrático, como, por exemplo, a polarização de opiniões. Diante disso, como observa os impactos das redes sociais nos cenários políticos latino-

salgan despavoridos abandonando todas sus pertenencias. Supongamos que el sistema de monitoreo volcánico confirma que esta información es completamente falsa, pero la gente no sabe consultarlo y solo recibe decenas o centenares de mensajes falsos por las redes, ¿no deberían las plataformas eliminar de inmediato esta información?

Finalmente, el poder judicial podría ordenar acciones concretas a las plataformas. No se trata de que se convierta en el árbitro de la verdad – usando una expresión estadounidense – no. De lo que se trata es de ordenar la verificación independiente de información que es indispensable para el ejercicio de los derechos y la respectiva moderación por parte de las plataformas. Y todo, de manera independiente de los gobiernos y con estricto apego al derecho internacional de los derechos humanos.

Suprema. Este año celebramos 200 años de constitucionalismo en Brasil, que ha pasado por diferentes formas de gobierno y regímenes políticos. La Constitución Federal de 1988 representa el hito democrático de esta historia y ha garantizado el libre ejercicio del pensamiento. A lo largo de los años, las redes sociales se han convertido en espacios de movilización y articulación de movimientos sociales y políticos. Sin embargo, cuando se utilizan mal, pueden tener consecuencias desastrosas para el panorama democrático, como la polarización de las opiniones. Ante esto, ¿cómo ve el impacto de las redes sociales en los escenarios políticos latinoameri-

-americanos? Quais medidas regulatórias e/ou éticas podem ser adotadas para mitigar esses impactos sem comprometer a liberdade de expressão e o pluralismo do debate público?

Não é novidade dizer que as redes sociais têm duas faces. Por um lado, elas são um mecanismo com enorme poder democratizador. É exatamente por isso que ditaduras como a de Cuba ou da Nicarágua fazem grandes esforços para controlá-las. Entretanto, elas também têm um lado sombrio. Assim como podem servir para denunciar a arbitrariedade, também podem servir para incitá-la. Esse desafio é enfrentado de forma diferente por diferentes culturas e tradições jurídicas. Os Estados Unidos entenderam que devem deixar as plataformas se regularem sozinhas. A Europa adotou o chamado “pacote de serviços digitais”, que inclui a Lei de Serviços Digitais. Alguns países, como a França e a Alemanha, adotaram regulamentações sobre questões específicas de moderação de conteúdo, e juízes, em países como Alemanha, Itália, Espanha, França ou Países Baixos, passaram a proferir decisões exigindo que as plataformas cumpram suas responsabilidades de direitos fundamentais. Em nossa região, com exceção de regulamentações autocráticas, como a da Nicarágua, foram os juízes que, em casos específicos, determinaram que as plataformas cumprissem suas responsabilidades. Acredito que seja importante iniciar uma reflexão multissetorial, convocada pelos Estados democráticos da região, sobre a melhor forma de adotar mecanismos que permi-

canos? ¿Qué medidas regulatorias y/o éticas pueden adoptarse para mitigar estos impactos sin poner en riesgo la libertad de expresión y el pluralismo del debate público?

No es una novedad decir que las redes sociales tienen dos caras. Por un lado, son un mecanismo con un enorme poder democratizador. Por eso justamente las dictaduras como Cuba o Nicaragua hacen enormes esfuerzos para controlarlas. Sin embargo, también tienen un lado oscuro. De la misma manera como pueden servir para denunciar arbitrariedades, pueden servir para incitarlas. Este desafío es afrontado de forma distintas por las distintas culturas y tradiciones jurídicas. Estados Unidos ha entendido que debe dejar que las plataformas se auto regulen. Europa ha adoptado el llamado “paquete de servicios digitales” dentro del cual se encuentra la Ley de Servicios Digitales, algunos países como Francia y Alemania han adoptado regulaciones sobre temas específicos de moderación de contenidos y jueces de países como Alemania, Italia, España, Francia o Países Bajos, pasaron a proferir decisiones llamando a las plataformas a cumplir sus responsabilidades en materia de derechos fundamentales. En nuestra región, salvo las regulaciones autocráticas como la de Nicaragua, son los jueces los que en casos concretos han llamado a las plataformas a cumplir sus responsabilidades. Creo que es importante comenzar una reflexión multisectorial, convocada por los Estados democráticos de la región, sobre la mejor manera de adoptar mecanismos que permitan la protección de la libertad de expresión y los

tam a proteção da liberdade de expressão e de outros direitos e bens fundamentais nesses contextos digitais. No mínimo, as plataformas devem estar sujeitas à jurisdição dos estados constitucionais em que operam, devem aumentar a proteção dos direitos dos usuários, a transparência e a responsabilidade e devem realizar análises de risco sistêmico de suas políticas, decisões de projeto e sistemas de implementação. Nada disso viola a liberdade de expressão. Pelo contrário, serve para protegê-la.

otros bienes y derechos fundamentales en estos contextos digitales. Cuando menos, las plataformas deberían estar sujetas a la jurisdicción de los estados constitucionales en los que operan, deberían aumentar la protección de los derechos de los usuarios, la transparencia y la rendición de cuentas. Y deberían hacer análisis de riesgo sistémico respecto de sus políticas, sus decisiones de diseño y sus sistemas de implementación. Nada de esto viola la libertad de expresión. Por el contrario, sirve para protegerla.



La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société¹

Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade

Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society

Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad

Dominique Rousseau²

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5743-9397>

E-mail: dominique.rousseau@univparis1.fr

Résumé

La déférence judiciaire est un comportement qui porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle signifie soumission du pouvoir judiciaire aux pouvoirs législatif et exécutif; elle porte aussi atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens en ce qu'elle signifie soumission à l'ordre sécuritaire. En cela, la déférence judiciaire est contraire aux principes de l'État de Droit et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique. Car si la loi est la langue de l'État, les droits et libertés sont la langue de la Société et le pouvoir judiciaire est cette institution qui n'empêche pas les pouvoirs exécutif et législatif de voter des lois, mais empêche ces pouvoirs d'État d'abuser de leur position pour restreindre, limiter, voire supprimer les libertés des citoyens. Cette fonction protectrice des droits qui constituent le citoyen fonde la légitimité démocratique de la Justice constitutionnelle comme rempart au populisme.

¹ ROUSSEAU, Dominique. La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 45-66, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a428>.

² Professeur de droit constitutionnel à Paris 1 Panthéon-Sorbonne et ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature de 2002 à 2006. Il est aussi membre du Tribunal constitutionnel de la Principauté d'Andorre.

Mots-clé

Séparation des pouvoirs; garantie des droits; lois de l'État et Droits de la société; légitimité démocratique de la justice constitutionnelle.

Sommaire

1. Introduction. 2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit. 2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs. 2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés. 3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime. 3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit. 3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel. 4. Conclusion.

Resumo

A deferência judicial é um comportamento que compromete o princípio da separação de poderes, pois significa a submissão do judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo; também compromete a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, pois significa a submissão à ordem de segurança. Nesse aspecto, a deferência judicial é contrária aos princípios do Estado de Direito e, por extensão, à qualidade democrática do sistema político. Se a lei é a linguagem do Estado, os direitos e as liberdades são a linguagem da sociedade, e o Poder Judiciário é a instituição que não impede os Poderes Executivo e Legislativo de promulgarem as leis, mas impede esses poderes do Estado de abusarem de sua posição para restringir, limitar ou até mesmo suprimir as liberdades dos cidadãos. Essa função protetora dos direitos que constituem o cidadão fundamenta a legitimidade democrática da justiça constitucional como um anteparo contra o populismo.

Palavras-chave

Separação de poderes; garantia de direitos; leis do Estado e Direitos da sociedade; legitimidade democrática da justiça constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. A deferência judiciária, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito. 2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação dos poderes. 2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades. 3. A deferência judiciária, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime. 3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito. 3.2 Um comportamento contrário à ética do agir jurisdicional. 4. Conclusão.

Abstract

Judicial deference is a behavior that undermines the principle of separation of powers by implying submission of the judiciary to the legislative and executive powers; it also undermines the guarantee of citizens' rights and freedoms by implying submission to the security order. In this sense, judicial deference runs counter to the principles of the Rule of Law and, consequently, to the democratic quality of the political system. Because if the law is the language of the State, rights and freedoms are the language of Society, and the judicial power is the institution that doesn't prevent the executive and legislative powers from passing laws, but prevents these state powers from abusing their position to restrict, limit, or even eliminate citizens' freedoms. This protective function of the rights that constitute the citizen forms the democratic legitimacy of constitutional justice as a bulwark against populism.

Keywords

Separation of powers; guarantee of rights; State Laws and Society's Rights; democratic legitimacy of constitutional justice.

Contents

1. Introduction. 2. Judicial deference, a behavior contrary to the principles of the Rule of Law. 2.1 A behavior contrary to the principle of separation of powers. 2.2 A behavior that goes against the guarantee of rights and freedoms. 3. Judicial deference, a behavior contrary to the democratic quality of a regime. 3.1 A behavior that is contrary to the life of the law. 3.2 A behavior contrary to the ethics of jurisdictional action. 4. Conclusion.

Resumen

La deferencia judicial es un comportamiento que atenta contra el principio de la separación de poderes al implicar la sumisión del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo; también afecta la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos al implicar sumisión al orden de seguridad. En este sentido, la deferencia judicial es contraria a los principios del Estado de Derecho y, por extensión, a la calidad democrática del sistema político. Porque si la ley es el lenguaje del Estado, los derechos y libertades son el lenguaje de la Sociedad y el poder judicial es esa institución que no impide a los poderes ejecutivo y legislativo promulgar leyes, sino que impide a estos poderes estatales abusar de su posición para restringir, limitar o incluso suprimir las libertades de los ciudadanos. Esta función protectora de los derechos que constituyen al ciudadano fundamenta la legitimidad democrática de la Justicia constitucional como baluarte contra el populismo.

Palabras clave

Separación de poderes; garantía de derechos; leyes del Estado y Derechos de la sociedad; legitimidad democrática de la justicia constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. La deferencia judicial, un comportamiento contrario a los principios del Estado de Derecho. 2.1 Un comportamiento contrario al principio de separación de poderes. 2.2 Un comportamiento contrario a la garantía de los derechos y libertades. 3. La deferencia jurídica, un comportamiento contrario a la calidad democrática de un régimen. 3.1 Un comportamiento contrario a la vida del Derecho. 3.2 Un comportamiento contrario a la ética de la acción jurisdiccional. 4. Conclusiones.

1. Introduction

Le XIXème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes qui s'est tenu en Moldavie en mai 2024 a pour thème: « Formes et limites de la déférence judiciaire, le cas des Cours constitutionnelles ». Et le questionnaire envoyé à chaque Cours est précédé d'un bref exposé de la problématique retenue: « La déférence judiciaire représente un outil juridique inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et s'abstenir d'intervenir dans des affaires qu'ils considèrent aller au-delà de leur expertise ou de leur légitimité à trancher. L'instrument a surtout été utilisé dans des affaires qui impliquent des droits fondamentaux. La manière dont les juges exercent leur déférence est donc une question fondamentale de principe constitutionnel, qui concerne le rôle approprié de chaque branche du gouvernement par rapport à des questions importantes de politique publique ». « Inventé par les juges », tout est dit. La déférence n'est pas une notion qui appartient au champ du droit mais à celui de la morale comportementale, des règles de comportement où elle désigne l'attitude d'une personne se soumettant à la décision, à la volonté, à la demande d'une autre personne; ce sont là, selon l'expression consacrée, les marques de déférence auxquelles s'opposent les marques d'audace lorsque, par exemple, les députés du tiers état refusent de déférer aux ordres de Louis XVI de se réunir à la noblesse et au clergé.

Que la déférence ne soit pas une notion juridique ne signifie pas qu'elle n'a pas d'effets dans le champ du droit ou, plus exactement, sur les acteurs du champ juridique – parlementaires, ministres, fonctionnaires, magistrats, ... – dont le comportement plus ou moins déférent aura des conséquences sur la production des décisions – lois, jugements, nominations, ... – sur les relations entre les institutions

qu'ils représentent et plus généralement sur le fonctionnement du système juridique. Si les députés du Tiers État avait été déférents... Dans sa thèse³, Julien Bonnet démontre que le refus par la Cour de cassation de contrôler la constitutionnalité des lois ne repose sur aucun fondement juridique – ni l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790, les articles 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme, l'article 61 de la constitution de 1958 – mais sur un esprit, une culture, une ambiance, une déférence des magistrats socialisés à l'idée de leur soumission au politique et à la loi. Si les magistrats n'avaient pas été déférents...

La représentation qu'ont les acteurs de l'institution qu'ils incarnent constitue la trame, consciente ou non, de leurs comportements et de leurs relations de pouvoir effectives au moins autant que la répartition constitutionnelle de leurs compétences. Dans le langage de la psycho-sociologie, il serait sans doute dit que les acteurs juridiques extériorisent par leurs comportements la représentation de leur institution qu'ils ont intériorisée. Ainsi, la déférence judiciaire, « invention des juges », exprime la représentation qu'ils se font de l'institution Justice et de son positionnement par rapport aux autres institutions, notamment l'Exécutif et le Législatif. Pour le dire un peu brutalement, le sentiment commun, la représentation commune est qu'une Justice à sa place est une Justice déférente c'est-à-dire, soumise au pouvoir politique ou pour le dire de manière plus civilisée, respectueuse du pouvoir politique.

À l'inverse, une Justice qui ne serait pas déférente ne serait pas « à sa place » et, plus exactement, elle serait à la place du politique et ouvrirait la voie à une « République des juges ». Il faut convenir, au-delà de sa connotation polémique, que la formule dit une part de la vérité politique contemporaine. Les juges sont, en effet, partout, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. Ils décident de la pertinence des plans sociaux ou des délocalisations d'entreprise, de l'attribution de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel, du point de départ de la prescription des délits financiers; ils s'opposent à la rétention de sûreté et à la taxe carbone; ils imposent aux parlementaires de redéfinir le régime de la garde à vue ou les règles de l'hospitalisation d'office; ... Et le phénomène n'est pas français. En Europe, les ordres juridiques nationaux et l'ordre européen lui-même ont été principalement construits par la Cour de Luxembourg qui a posé les principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire ainsi que par la Cour de Strasbourg qui a défini le droit et le pluralisme comme les exigences de toute société démocratique. Et, dans l'ordre international, après la Cour internationale

³ Julien Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

de Justice et la création en 2002 de la Cour pénale internationale, l'idée d'un tribunal économique international fait son chemin au sein de l'OMC et même celle d'un tribunal environnemental international.

Cette omniprésence des juges est vécue comme une volonté de puissance sinon de revanche des juges alors qu'elle est une montée en puissance par défaut et souvent même par habilitation express des politiques. Par défaut quand les instances classiques de contrôle – parlement, assemblée générale d'actionnaires, ... – ne remplissent plus leur mission et conduisent les citoyens à se transformer en justiciables pour que soit établie la responsabilité d'un ministre dans la conduite d'une politique publique ou d'un chef d'entreprise dans l'utilisation de l'objet social. Par défaut encore quand le Parlement légifère a minima ou en des termes si imprécis qu'il laisse aux juges un large pouvoir de décision. Mais aussi, par habilitation quand les politiques donnent aux juridictions de nouvelles compétences en matière de contrôle des finances locales, des plans sociaux, des délibérations des collectivités territoriales ou quand, en 2008, ils ouvrent à tout justiciable le droit de contester la constitutionnalité de la disposition législative qui lui est appliquée.

Même ainsi comprise, la montée en puissance des juges reste un fait objectif qui fait problème. Et, pour parler sans détour, un fait présenté comme le passage d'un gouvernement du peuple par ses élus à un gouvernement de la société par les juges et donc comme la manifestation d'un déclin ou d'un recul de la démocratie. Ainsi, Alain Minc dénonce la « nouvelle trinité » médias-juges-opinion qui met en péril la démocratie⁴, ou, dans un registre plus savant, Marcel Gauchet fait des droits subjectifs l'une des causes principales de la « crise de la démocratie » car leur affirmation croissante rend impossible le gouvernement des hommes: « ce ne sont plus les délires du pouvoir qui sont à craindre, écrit-il, mais les ravages de l'impouvoir »⁵. Et, quand les juges veulent imposer le respect du Droit, les hommes politiques, de droite comme de gauche, n'hésitent jamais à mettre en avant et défendre leurs prérogatives d'élus du peuple comme l'ancien ministre britannique de la Justice, Ken Clarke, menaçant la Cour européenne des droits de l'homme d'une réforme parce qu'elle avait jugé contraire à la Convention la loi anglaise interdisant le droit de vote des prisonniers.

Pour réduire la portée de cette montée en puissance des juges, certains auteurs construisent des théories destinées à rendre compatible et à montrer que la fonction

⁴ Alain Minc, *L'ivresse démocratique*, Gallimard, 1994.

⁵ Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie*, t.1, Gallimard, 2010, p. 67.

de juger même importante est compatible avec la démocratie représentative. Les uns, avec Charles Eisenmann par exemple, soutiennent que le juge constitutionnel n'est jamais le censeur de la volonté générale exprimée par les représentants élus de la Nation mais seulement « l'aiguilleur » qui indique la forme constitutionnelle, législative ou réglementaire que doit prendre l'édiction d'une norme sans se prononcer sur son contenu ou son opportunité qui relève de l'appréciation politique du souverain⁶. D'autres, comme Michel Troper⁷ par exemple, considèrent que la qualité de représentant n'est pas donnée par le suffrage universel mais par la participation d'une institution à l'expression de la volonté générale et qu'en conséquence le juge constitutionnel, par sa contribution à cette expression, est un représentant.

Ces théories sont séduisantes ou, plus exactement, tranquillissantes dans la mesure où elles racontent une histoire qui intègre voire dissout la fonction de juger dans la démocratie représentative qui devient ainsi la forme indépassable du Politique. Une autre histoire est cependant possible qui prend au sérieux la contribution des juges à la fabrication des règles et qui réfléchit sur la forme de démocratie impliquée par cette contribution. Et dans ce contexte épistémologique, la déférence judiciaire, en tant qu'elle signifie soumission, est un comportement qui porte atteinte aux principes de l'État de Droit (1) et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique (2).

2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit

2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs

Affirmer qu'un comportement judiciaire déférent porte atteinte à la séparation des pouvoirs peut surprendre dans la mesure où il est généralement présenté, notamment par la doctrine anglo-saxonne, comme un comportement respectueux de ce principe. Il est convenu par les juges eux-mêmes que leur institution et les décisions qu'ils prennent ne doivent pas heurter l'institution parlementaire et la volonté des élus du peuple exprimée par le vote des lois. Une formule résume cette représentation de la séparation des pouvoirs: le gouvernement des élus pas des juges.

⁶ Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, *Economica*, 1986, p.17.

⁷ Troper, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie, in *La démocratie continue*. LGDL, 1995, p. 156.

Intériorisée par les juges, elle constitue un frein, un obstacle au plein exercice de leur pouvoir juridictionnel; instrumentalisée par les politiques, elle fonctionne comme un rappel de leur position dominante annihilant et déconsidérant toute action juridictionnelle « irrespectueuse » de cette position.

Pourtant, cette formule n'a pas d'autre sens que politique et met à mal le principe de la séparation des pouvoirs. De quelque manière de penser la théorie de Montesquieu, elle dit que la liberté politique serait perdue si les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, étaient entre les mêmes mains; chaque institution doit être indépendante dans l'exercice de sa compétence, aucune ne doit être subordonnée aux autres et toutes participent de concert à la fabrication des lois. Or, la déférence est un état d'esprit, un comportement de subordination qui bouscule cette relation égalitaire des pouvoirs. Les mots de Jules Grévy lors son premier discours de président de la République le 6 février 1879 sont très éclairants: « *soumis* avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels »⁸. C'est un discours de déférence constitutionnelle, Jules Grévy acceptant de soumettre l'institution présidentielle à l'institution parlementaire en s'engageant à ne pas utiliser son droit de dissolution que pourtant la constitution lui reconnaissait explicitement. Et cette subordination donna naissance à la fameuse « constitution Grévy » où, déséquilibré par ce comportement déférent, un pouvoir, celui de l'Assemblée, se retrouva progressivement en position de domination absolue sur les autres institutions, configuration que les constitutionnalistes ont dénommé « régime d'Assemblée » c'est-à-dire, un régime non plus de séparation des pouvoirs mais de confusion des pouvoirs au profit du Parlement.

De la même manière, la déférence juridictionnelle est un comportement de subordination de l'institution judiciaire aux institutions exécutive et législative qui perturbe la séparation des pouvoirs. Dans son rapport au Congrès de l'Association internationale de science politique de 1957, le doyen Vedel démontrait que, dans la pratique, « les pouvoirs législatifs et exécutifs étaient étroitement soudés ». Quelle que soit, en effet, la qualité du texte constitutionnel, quelle que soit l'organisation constitutionnelle des pouvoirs choisie, l'unité des pouvoirs se reconstitue sur l'Exécutif par la grâce de la logique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Et ce phénomène n'est pas spécifiquement français ou lié à la Vème République. Si l'institution parlementaire est devenue subordonnée – soudée dit le doyen – à l'institution exécutive, si, comme l'écrivait Maurice

⁸ Grévy, Jules. Discours politiques et judiciaires, Hachette livre, BNF, 2014, p. 80.

Duverger, Exécutif et Législatif forment ensemble le pouvoir d'État, et si l'institution juridictionnelle adopte un comportement déférent à l'égard de ce pouvoir d'État, la séparation des pouvoirs n'est plus et la liberté politique est en danger.

Alors que la faculté de statuer appartient aujourd'hui au bloc exécutif-législatif, l'équilibre des pouvoirs dépend de l'exercice de la faculté d'empêcher par l'institution judiciaire. Et d'un exercice libre et indépendant et non pas déférent car s'il l'était la faculté d'empêcher serait diminuée sinon ... empêchée. Au demeurant, cette faculté n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher le pouvoir d'État de gouverner; seulement ceux d'empêcher ce pouvoir d'être absolue, de profiter de sa position dominante pour abuser de son pouvoir en portant atteinte aux droits et libertés qui sont le cadre d'un exercice démocratique du pouvoir. Les juges n'empêchent pas le gouvernement de gouverner; ils l'empêchent de gouverner en maître absolu en leur rappelant les limites constitutionnelles de leurs compétences.

Le principe de la séparation des pouvoirs ne se comprend pas seul. Plus exactement la relation qui s'établit entre les trois pouvoirs n'est pas neutre ou mécanique; elle dépend du principe de légitimité qui vaut à un moment donné et qui induit le rang de chacun et la place de chacun par rapport aux autres. Dans la société d'Ancien Régime divisée en trois ordres, il était admis que la noblesse et le clergé étaient d'un rang supérieur justifiant leur position de « privilégiés » que le peuple devait reconnaître en ayant à leur égard un comportement déférent, c'est-à-dire, respectueux de la distinction sociale. A partir du moment où cette distinction n'a plus été considérée légitime, la déférence du Tiers État a cédé et les privilégiés ont perdu leur position la nuit du 4 août. Le discours déférent de Jules Grévy est la reconnaissance, après les débuts incertains de la III^{ème} République, de la position dominante qu'il est légitime de concéder, malgré les textes, à l'Assemblée issue du suffrage universel. En d'autres termes, la légitimité est l'esprit qui anime, qui donne sa configuration effective à la séparation des pouvoirs.

Ainsi, les juges adoptent ou croient devoir adopter un comportement déférent à l'égard des institutions politiques par défaut de la légitimité qui commande le rang de chacun: l'élection. Le président de la République bénéficie de la légitimité maximum parce qu'il est l'élu de la Nation tout entière, selon la formule du général de Gaulle; les députés viennent avant les sénateurs car ces derniers ne sont élus qu'au suffrage indirect et ne peuvent donc avoir le dernier mot; la justice, évidemment, dépourvue de légitimité électorale doit reconnaître son infériorité institutionnelle. Ce défaut de légitimité est régulièrement rappelé quand des tribunaux ou des cours ou le Conseil constitutionnel rendent des décisions qui écartent ou censurent une

loi: « avec l'arrêt Mme Gonzalez du 31 mai 2016, le Conseil d'État a refait la loi sur la GPA », affirment certains commentateurs⁹; « avec la décision du 6 juillet 2018 annulant le délit d'aide à un étranger en situation irrégulière¹⁰, le Conseil constitutionnel s'est opposé aux élus du peuple qui avaient voulu faire de cet aide un délit », condamnent d'autres observateurs. La légitimité électorale joue ainsi comme un rappel à l'ordre des rangs de chaque institution.

Que ce rappel à l'ordre soit plus fréquent aujourd'hui ne signifie pas que les juges soient moins déférents à l'égard du pouvoir politique, seulement que la légitimité électorale qui le fondait est fragilisée comme autrefois la légitimité nobiliaire. Depuis plusieurs années, le suffrage universel ne suffit plus à produire l'acceptabilité sociale des lois; un autre type de légitimité émerge qui accorde au moins autant d'importance au mode de fabrication de la loi qu'à son origine électorale, davantage d'importance à la délibération, aux échanges d'arguments, au contradictoire qui ont présidé à l'élaboration et l'adoption de la loi. Dans ce registre-là de légitimité, le juge change de rang; la valeur de la loi ne dépend plus seulement de son vote, donc de la position dominante du Parlement, elle dépend à égalité de la manière dont elle a été produite, donc de l'institution juridictionnelle chargée de garantir le respect des droits et libertés. Cette nouvelle légitimité s'exprime dans la maxime vedélienne issue de la décision du Conseil d'août 1985: « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution ». Institution parlementaire et institution juridictionnelle sont en position d'égalité dans le travail de production de la volonté générale et la déférence ne serait que la survie dans la tête des juges et des politiques de l'ancienne légitimité. Ce qui fait retrouver Portalis expliquant « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue »¹¹. Là se trouve la légitimité démocratique du juge, dans le souci du vivant concret, souci formé non dans la répétition mécanique des mots de la loi ni davantage dans la libre création herméneutique mais dans l'échange contradictoire des arguments des parties. La déférence juridictionnelle est devenue un comportement contraire à la qualité de la loi.

⁹ CE Ass., 31 mai 2016, Mme Gomez, RFDA, 2016, p. 755.

¹⁰ CC 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018.

¹¹ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801, p. 46.

2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés

Deux indices concrets permettent de mesurer les relations entre déférence juridictionnelle et garantie des droits et libertés. D'abord, les commentaires des décisions de justice. Par exemple, quand le Conseil constitutionnel protège le principe de fraternité en censurant l'article qui fait de l'aide à un étranger en situation irrégulière un délit, il est critiqué pour son manque de déférence à l'égard du Parlement par les uns et salué pour son audace par les autres; et ceux qui le critiquaient louent sa « sagesse » quand ce même Conseil juge que le principe de sincérité et de clarté du débat parlementaire n'a pas été malmené lors du vote sur la loi réformant les retraites¹² quand les seconds lui reprochent sa trop grande déférence à l'égard du politique. Ensuite, la tendance contemporaine à s'attaquer aux juges et en particulier aux juges constitutionnels au motif qu'ils protégeraient « trop » les droits et libertés. Ainsi, en Hongrie, en Pologne mais aussi en Israël des réformes sont votées pour (re)soumettre les juridictions au pouvoir politique et réduire leur compétence de sanction des lois.

Ce courant populiste constitutionnel n'épargne pas la France. Certaines voix s'élèvent pour demander une révision de la constitution qui interdirait aux juridictions françaises de prendre les droits énoncés dans la Convention européenne des droits de l'Homme comme normes de référence pour le contrôle des lois; d'autres souhaitent enlever au Conseil constitutionnel son pouvoir de censurer les lois et le transformer en simple organe rendant des avis consultatifs sur les lois. Déjà en 1993, en réplique à la décision du Conseil censurant la loi restreignant le droit d'asile, le sénateur Dailly avait proposé une révision de l'article 61 de la constitution qui avait pour objet d'interdire au Conseil constitutionnel de se servir de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 pour juger les lois¹³...

Les droits et libertés sont les victimes de la déférence juridictionnelle; plus elle est grande, moins ils sont protégés.

Cette relation tient au concept d'État de droit. Les juristes ont tourné la question de l'État et plus précisément des rapports entre le Droit et l'État dans tous les sens. Certains avec Carré de Malberg nient tout fondement juridique à l'État et en font un « simple fait »¹⁴ quand d'autres, avec Duguit, font de l'État une création du

¹² CC 2023-819 DC, 14 avril 2023, JO 15 avril 2023.

¹³ Ce qui n'empêcha pas le sénateur Dailly d'être plus tard nommé au Conseil constitutionnel...

¹⁴ Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, 1920, p.62.

Droit¹⁵ ou d'autres encore cherchent avec Kelsen une troisième voie en substituant aux deux visions opposées de l'antériorité ou de la postériorité de l'État par rapport au Droit la conception de la simultanéité, de l'identité de l'État et du Droit résumée par la formule « tout Etat est un Etat de Droit; le terme État de Droit est un pléonasmisme »¹⁶. Quoiqu'il en soit, l'État de droit se distingue des autres formes d'État en attribuant aux institutions juridictionnelles que la constitution établit compétence pour garantir les droits et libertés. « L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle et assure le respect de ce principe », affirme l'article 66 de la constitution de 1958; le Conseil constitutionnel a reçu compétence pour dire - article 61-1 - si « une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit ». Autrement dit, l'État de droit est celui dont le pouvoir politique est limité par les juges qui doivent vérifier que les droits et libertés sont respectés. Ces droits et libertés ne sont ni donnés par l'État ni les guides de son action. Plutôt que d'être saisi par le Droit comme le pensait Louis Favoreu, il est saisi par les intérêts économiques, par ce que Michel Foucault appelait « l'art de gouverner » ou la raison gouvernementale ou encore « l'économie politique »¹⁷.

Si ces droits et libertés ne sont pas la langue de l'État, ils sont celle de la société. Point de jusnaturalisme ici. Ces droits ne tombent pas du ciel; ils sont le produit des contradictions sociales et des luttes souvent longues, souvent violentes pour les obtenir. « Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, écrit Camus, la révolte joue le même rôle que le cogito dans l'ordre de la pensée: elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lien commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes »¹⁸. Les droits de l'Homme sont tous issus de la révolte et, en ce sens, ils portent le souci de tous les hommes, ils sont le lieu commun de tous les hommes, ils signent la solidarité de tous les hommes. De cela, ils sont une politique, comme l'écrit Claude Lefort. Et très précisément, une politique de la société contre l'Etat. Ainsi faut-il penser les droits énoncés en 1789, comme des armes entre les mains des « membres du corps social » dirigées contre la politique de puissance de l'Etat; comme des pieds d'appui pour s'opposer, pour critiquer, pour contraindre la raison d'Etat qui prend sa source dans le calcul des intérêts. Le principe d'indépendance des universitaires est « le pied

¹⁵ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, rééd. CNRS, 1972.

¹⁶ Kelsen. *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 370.

¹⁷ Michel Foucault *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)*. Ed. Senellart, Michel. Gallimard; Seuil: Paris, 2004.

¹⁸ Albert Camus, *L'Homme révolté*, La Pléiade, 2008, p. 79.

d'appui » pour la critique de la politique de l'État en matière de recherche; le principe de la préservation de l'environnement, « le pied d'appui » de la contestation de la politique de l'État en matière climatique; le principe de fraternité, « le pied d'appui » pour contraindre l'État à revoir sa politique en matière d'accueil des étrangers. Ces « pieds d'appui » se nomment dans le langage du droit « normes de référence » et le juge constitutionnel¹⁹ est celui qui, pour reprendre les termes de la Déclaration de 1789, accueille les réclamations et met en scène la comparaison entre les « normes de référence », c'est-à-dire, les principes et droits constitutionnels, et les actes du pouvoir législatif.

La configuration constitutionnelle qui se dessine est claire: d'un côté, le « pouvoir d'État», qui prend ses décisions sur le fondement d'un calcul des intérêts; de l'autre, le « pouvoir juridictionnel », qui regarde ces décisions et, le cas échéant, fonde leur critique sur les droits des « membres du corps social ». Dans cette configuration, une déférence juridictionnelle serait contraire aux droits et libertés qui font la qualité démocratique d'une société.

3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime

3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit

Sans doute, affirmer que la déférence judiciaire est contraire à la qualité démocratique d'une configuration est contre-intuitif. En effet, dans l'ordre légitime des choses politiques, le principe démocratique est respecté si le juge constitutionnel est seulement, pour paraphraser la formule célèbre et souvent mal comprise de Montesquieu, la bouche de la constitution. Dans cet ordre-là, juger la loi se ramène à une opération simple d'application d'un principe en lui-même constitutionnel, normatif et signifiant. Le travail du juge s'analyse comme le simple rappel au législateur qui l'aurait méconnue de la signification de la norme constitutionnelle; il n'ajoute rien, ne crée rien, ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation ou d'interprétation puisque le sens de la norme est supposé d'être inscrit dans la norme. Le Tribunal ne fait qu'appliquer au Parlement une norme dont la signification lui est extérieure,

¹⁹ Par « juge constitutionnel », il faut comprendre le principe du contrôle de constitutionnalité et non le Conseil constitutionnel français dans son organisation actuelle.

que soumettre le législateur à une norme à laquelle il est lui-même soumis et dont il n'est que le porte-parole. Dans ces conditions, le juge n'exerce aucun pouvoir, il ne fait qu'appliquer une norme préexistante, son activité est neutre et la question de sa légitimité ne se pose pas.

Or, ce cadre conceptuel ne permet pas de saisir la réalité du travail juridictionnel. Contrairement à une idée trop souvent répétée, la loi n'arrive pas finie devant les juges; elle n'est pas une norme que le juge n'aurait qu'à appliquer aux espèces particulières pendantes devant lui; elle est un texte inachevé, une norme en puissance qui attend pour le devenir en acte que le juge attribue aux mots de la loi la signification qui leur donnera leur force normative. La théorie d'un juge automate simple répétiteur de la loi a été définitivement invalidée par la controverse française entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel sur la compréhension de l'expression « disposition législative pouvant faire l'objet d'une QPC ». Pour la Cour, si le requérant contestait non pas la disposition législative mais son interprétation par les juges, la question n'était pas recevable et ne devait pas être transmise au Conseil²⁰; en revanche, pour le Conseil, un justiciable a le droit de contester la constitutionnalité d'une interprétation jurisprudentielle de la loi dans l'exacte mesure où c'est cette interprétation qui lui donne sa « portée effective »²¹. Étaient ainsi pleinement reconnus la différence entre le texte et la norme et la part que les juges prennent dans le passage de l'un à l'autre.

Il faut donc admettre que le rôle d'un Tribunal ne se réduit pas à celui, passif, du souffleur rappelant sa partition à l'acteur parlementaire mais qu'il est pleinement une activité politique en ce qu'il est créateur de droit. Non seulement parce qu'il « découvre » des droits à partir des principes écrits mais parce qu'un principe n'apparaît en tant que principe de valeur constitutionnelle, en tant que norme, en tant qu'instance d'appréciation de la loi qu'à partir du moment où le juge lui donne sens; avant, les dispositions constitutionnelles ne sont que de simples mots en attente de leur normativité et pour faire produire à ces mots un effet de droit, le juge doit choisir une signification parmi l'ensemble des possibles. Bref, la détermination du sens d'un droit constitutionnel ne peut jamais être un acte de connaissance; elle est toujours un acte de volonté des juges. Selon une autre formule célèbre, en apparence inverse à celle de Montesquieu, la constitution est ce que le juge dit qu'elle est. D²²ans cet ordre des choses-là, celui de la libre création du droit par un juge non issu du suffrage universel, la question de sa légitimité peut se poser.

²⁰ Ccass., QPC, 19 mai 2010, Yvan Colona.

²¹ CC 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, J.O. 7 octobre 2010, p.18154.

²² Selon Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis.

Or, cette représentation d'une fonction de juger totalement libre, discrétionnaire et subjective peut ne pas emporter la conviction. Sans doute, un énoncé juridique a besoin de la médiation juridictionnelle pour accéder à la normativité mais il ne s'ensuit pas nécessairement que cette médiation s'accomplisse dans le geste unilatéral, volontaire et discrétionnaire du juge. Elle se comprend surtout comme une relation complexe entre tous ceux qui font usage de l'énoncé juridique et, dans cette relation, le juge n'est qu'un acteur. Le juge est inséré dans une chaîne herméneutique dans laquelle interviennent les assemblées parlementaires, les juridictions européennes, les comités et sociétés savantes, les académies, la doctrine, les associations, les syndicats, ... *La production du sens d'un énoncé juridique est le produit de cette chaîne de sorte que le juge n'est pas un pouvoir libre de création de sens; il est l'instance où s'équilibre, se discute, se réfléchit la relation règle de la majorité qui a produit les mots de la loi et droits fondamentaux*¹. Quand le juge donne un sens au mot de la loi, il le fait toujours à partir d'une affaire concrète avec des personnes réelles; le législateur, au contraire, n'a personne devant lui ou seulement un être abstrait et il pose des mots de manière générale et abstraite qui font de la loi, selon la formule consacrée, un texte général et impersonnel. À l'inverse, le devoir du juge est de régler le cas particulier qui est posé devant lui et par conséquent il doit avoir une approche de proximité pour exercer ce travail d'attribution d'un sens aux mots du droit.

Là se trouve la légitimité démocratique du juge, dans le souci du vivant concret, souci formé non dans la répétition mécanique des mots de la loi ni davantage dans la libre création herméneutique mais dans l'échange contradictoire des arguments des parties. Ce qui est dire avec les mots d'aujourd'hui ce que disait déjà Portalis: « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue »²³.

Cette réalité du travail juridictionnel est, aujourd'hui, admise... mais elle est précisément à l'origine de la critique du « gouvernement des juges ». Si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom. Et donc, l'idéal démocratique est atteint en son

¹ Note de l'éditeur: extraits en relief par l'auteur.

²³ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.

cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites ou écartées par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel. La participation des juges à la fabrication des lois est, dans ce registre d'intelligibilité de la démocratie, une anomalie.

Contre cette pensée dominante et au risque de fâcher certains populistes, il est permis à un constitutionnaliste d'avoir une opinion moins « catastrophique » en présentant ou rappelant à chacun ce que les juges apportent à la démocratie: la civilisation, au sens que Norbert Elias donne à ce mot. L'arrière-plan de tout procès et toute procédure, écrit Paul Ricoeur, est la violence et donc *l'horizon de tout acte de juger est de se présenter comme une alternative à la violence sous toutes ses formes*²⁴ et en particulier celle qui est la plus destructrice de l'idée de société parce qu'elle est simulation de la justice, la vengeance. En termes plus directs, le passage de la barbarie à la civilisation se fait par l'abandon du lynchage au bénéfice de la justice. Ce qui implique de reconnaître le Droit et les juges comme des composantes nécessaires à la qualité démocratique d'un système politique que, pour le distinguer de la forme représentative ou électorale, elle pourrait être dénommée « démocratie continue ».

3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel

L'idée de la démocratie continue n'invente pas ni ne crée ce pouvoir normatif du juge; elle le dévoile seulement en soulevant et déchirant le lourd cadre conceptuel enfermant la définition de la démocratie dans un syllogisme simple mais efficace: est démocratique ce qui et seulement ce qui est issu du suffrage universel; or les juges ne sont pas élus au suffrage universel; donc, soit ils sont des intrus dans la démocratie, soit le régime dans lequel ils ont un pouvoir normatif ne peut être qualifié de « démocratique ». Dans ce cadre conceptuel-là, les juges ne peuvent être pensés comme des acteurs de la démocratie.

Mais, là aussi, ce cadre conceptuel « craque ». Jusqu'à présent, la légitimité d'une institution ou d'une décision tenait à l'origine de cette institution ou de cette décision: Dieu et la légitimité de droit divin, la Nature et la légitimité de droit naturel, l'Autorité et la légitimité charismatique, le Peuple et la légitimité électorale qui, dans ce dernier cas, était immédiatement transformée en légitimité « démocratique ». Ce critère de l'origine est, aujourd'hui, discuté. L'élection n'est plus, à

²⁴ Paul Ricoeur, *L'acte de juger*, Revue Esprit, 1992, p. 20.

tort ou à raison, considérée comme LE marqueur de la qualité démocratique d'une institution ou d'une décision. *Un glissement des croyances collectives s'opère de l'origine du pouvoir vers le mode d'exercice du pouvoir, de la légitimité électorale vers la légitimité procédurale. Autrement dit c'est la manière dont une décision a été fabriquée qui la fait reconnaître légitime.* Davantage que son origine.

Celle légitimité procédurale se manifeste d'abord dans la reconnaissance d'un écart entre gouvernés et gouvernants. L'existence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi met en scène une représentation politique qui institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés. Dans chaque décision juridictionnelle, en effet, se joue le même acte: les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs chacun de volontés normatives potentiellement contradictoires: la loi votée par les élus n'est pas automatiquement et nécessairement l'expression de la volonté générale, qu'elle ne l'est que si et seulement si elle respecte la constitution²⁵.

Or, cette figure de l'écart est essentielle et peut-être même constitutive de la relation démocratique. Sans doute, l'idéal démocratique est souvent présenté comme l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont, avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de subtilité, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du Souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigeant en Souverain²⁶. Mais, pour démocratique qu'il se donne, ce type de fonctionnement politique n'est, en réalité, que la reproduction transposée du principe monarchique selon lequel le corps de la Nation et le corps du Roi ne font qu'un: « les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, déclare Louis XV dans un discours au Parlement de Paris le 3 mars 1766, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains; je ne souffrirai pas,

²⁵ Selon le considérant célèbre de la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985: « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution », CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p.70.

²⁶ Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984.

poursuit-il, qu'il s'introduise un corps intermédiaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie ». En 1789, les révolutionnaires ont certainement cru et voulu séparer ces deux corps; ils pensaient même que l'acte révolutionnaire était, précisément, dans cette affirmation audacieuse de l'autonomie du corps de la Nation par rapport au corps du Roi. Et pourtant, pour des raisons politiques, les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps en offrant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants.

C'est cette fusion que le juge constitutionnel casse. En donnant à voir la constitution, il montre l'acte du corps du peuple souverain et empêche que l'acte du corps de ses représentants soit directement imputé à la volonté du peuple. Alors que la fusion des corps conduit à cette imputation dans la mesure où, par définition, le peuple n'existe pas de manière séparée et indépendante et ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par ses représentants²⁷, la mise à distance des corps ouvre un espace à la délibération normative. Les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté des citoyens mais la fusion des deux volontés n'est plus possible; la construction et la mise en action par le juge constitutionnel de l'autonomie du corps du souverain symbolisée par la constitution laissent toujours planer un doute sur la conformité constitutionnelle de l'acte législatif voté par les représentants. Et de ce risque permanent de désaccord mettant à nu la représentation découle la mesure dans l'exercice des pouvoirs. Et dans celle de l'élaboration des normes.

La légitimité procédurale se manifeste ensuite par l'introduction d'une temporalité longue dans la construction de la loi. En rappelant les principes de fond que la constitution énonce, le juge oblige à une réflexion sur le sens, la valeur, la portée que peut représenter pour le « bien commun » l'adoption de telle ou telle loi; il crée une distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion. Et il n'est pas contraire à l'idée démocratique que le temps de réflexion l'emporte sur le temps de l'émotion. Car la volonté générale ne se produit pas spontanément ni dans l'insouciance de l'instant; elle se « fabrique » avec mesure, avec prudence et le Tribunal constitutionnel est cette instance qui permet au temps court, léger et parfois étourdi d'une initiative législative de se confronter au temps long des principes que la constitution énonce.

Enfin, la légitimité procédurale se manifeste par la construction d'un régime d'énonciation des normes qui fait travailler plusieurs acteurs, le gouvernement, qui est à l'origine de la quasitotalité des lois, le parlement, qui amende et vote, et le juge

²⁷ « Le peuple, écrivait Siéyès, ne peut parler et agir que par ses représentants ».

constitutionnel, qui interroge la constitutionnalité de la loi. Le premier « travaille » la volonté générale sur la base de la confiance de sa majorité, le second sur la base de la confiance des électeurs, le troisième sur la base de l'attachement proclamé solennellement par le peuple aux droits de l'homme énoncés dans les préambules et conventions internationales, chacun apportant sa propre contribution à la formation de la volonté générale. Et, là encore, l'élargissement du cercle délibératif n'est pas, a priori, contraire à l'idée démocratique d'élaboration de la norme.

S'il en est ainsi, si le juge a un rôle décisif dans la fabrication de la norme, s'il se situe à l'articulation des espaces civil, public et politique, son pouvoir doit s'exercer selon un agir juridictionnel qui se décline en quatre règles principales ayant chacune et toutes ensemble pour objet la recherche de la production d'un jugement garanti par sa qualité délibérative.

Le premier principe est, évidemment, l'obligation de motiver les jugements. Dès lors, en effet, que le jugement n'est pas une application syllogistique de la loi mais le résultat d'un choix entre plusieurs significations possibles des énoncés de la loi, le juge doit exposer le processus argumentatif qui l'a conduit à retenir telle interprétation plutôt que telle autre. Tout magistrat construit la qualification juridique des faits à partir d'un certain nombre d'éléments qu'il doit exposer et argumenter. *Dans cette logique, il serait opportun que la France reconnaisse enfin la pratique des opinions séparées* car elles « fonctionnent » comme un moyen procédural qui oblige les juges à motiver davantage et mieux leurs décisions: quand les juges majoritaires savent que leurs collègues minoritaires peuvent exposer, après le jugement et publiquement, leur désaccord soit avec la solution retenue soit avec la motivation, ils sont conduits à être plus attentifs à la qualité juridique de leur argumentation; et, réciproquement, les juges « dissidents » doivent motiver avec sérieux leur opinion pour espérer faire évoluer la jurisprudence lors de prochaines affaires. La rationalité d'une décision de justice repose en effet sur la capacité qu'a cette décision à envisager l'hypothèse qu'elle aurait pu être autre; sinon, elle n'est pas rationnelle, elle « folle ».

Le deuxième principe est, bien sûr, le principe du contradictoire. Une décision de justice se construit par un échange d'arguments entre les parties et chacune d'elles doit avoir le droit de les exposer et de les défendre avec une égalité des armes. En ce sens, l'avocat est plus qu'un « auxiliaire de la justice » selon une formule condescendante; il n'est pas davantage l'ennemi du magistrat, celui qui veut conduire le juge à commettre une « faute » en interprétant l'article du Code de telle manière plutôt que de telle autre; l'avocat est celui qui participe à la construction du jugement judiciaire

par la discussion serrée des arguments. Et ce principe du contradictoire vit de la reconnaissance et du respect des droits de la défense.

Le troisième principe est le principe de la publicité des débats judiciaires. Dès lors que et à condition que l'autonomie de la sphère de production du jugement soit constitutionnellement garantie, la sphère de la justice peut et surtout doit s'ouvrir et communiquer avec les autres sphères.

Enfin, dernier principe, le principe de la collégialité. Toute décision de justice est – ou devrait être – « délibérée », selon la formule classique, c'est-à-dire, que son contenu est discuté, que le jugement est le résultat d'une confrontation entre les magistrats; cette collégialité fonctionne comme un mécanisme de « formation permanente », comme un processus de contrôle réciproque qui garantit la qualité du jugement.

4. Conclusion

A ceux qui sans cesse interpellent les juges « s'il vous plait, de la déférence, de la déférence, de la déférence », il serait tentant de leur dire avec Danton « s'il vous plait, de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace et la démocratie sera sauvée ». La Justice a toujours été un « marqueur » de la démocratie. Les sociétés sont sorties de la barbarie lorsqu'elles ont abandonné le lynchage pour la justice; les sociétés sont entrées dans l'ère démocratique lorsqu'elles ont posé les règles du procès équitable et du tribunal neutre et impartial. *La Justice n'est pas un composant du principe libéral qui viendrait « polluer » le principe démocratique. Elle est une composante même du principe démocratique qui serait incomplet sans elle.* Dans la configuration démocratique moderne où le suffrage universel n'est pas ou n'est plus la seule source de légitimité, la Justice, sous réserve que soit menée sa refondation institutionnelle et éthique, peut être encore l'institution par laquelle se continuera la légitimité démocratique.

Références Bibliographiques

BONNET, Julien. **Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois**: Analyse critique d'un refus. 81. ed. Paris: Dalloz, 2009.

CAMUS, Albert. L'homme Révolté. **Œuvres Complètes**. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1920.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875.** Paris: Economica, 1984.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel.** 5 vol., 1921-1929; 3 vol. Paris: rééd. CNRS, 1972.

EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche.** Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, Territoire et Population.** Cours au Collège de France. Paris: EHSS, Gallimard, Seuil, 2004.

GAUCHET, Marcel. **L'avènement de la démocratie**, t 1. La révolution moderne. Paris: Gallimard, 2010.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du Droit.** Paris: Dalloz, 1962.

MINC, Alain. **L'ivresse démocratique.** 1. ed. Paris: Gallimard, 1994.

Montesquieu, Charles de Secondat, baron de. **De l'Esprit Des Lois.** Gallimard, 2024.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801.** Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

Ricoeur, Paul. **L'acte de juger.** Revue Esprit, 1992, p. 20.

Troper, Michel. **Justice constitutionnelle et démocratie**, in La démocratie continue. LGDL, 1995, p. 156.

Juriprudence Citée

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2023-819 DC, 14 avril 2023, JO 15 avril 2023. Disponible dans <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/2023849DC.htm>>

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018. Disponible dans: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018717_718QPC.htm>

FRANCE. Conseil d'État Ass., 31 mai 2016, Mme Gomez, RFDA, 2016, p.755.

FRANCE. Conseil Constitutionnel 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, J.O. 7 octobre 2010. Disponible dans: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm>>

FRANCE. Cour de cassation. QPC 09-82582 19 mai 2010, M. Yvan Colonna. Disponible dans: <<https://www.courdecassation.fr/decision/61402d5403f751c6733ea0a8>>.

FRANCE. Conseil Constitutionnel 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70. Disponible dans <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>>



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade¹

La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société

Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society

Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad

Dominique Rousseau²

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5743-9397>

E-mail: dominique.rousseau@univparis1.fr

Tradução do texto:

Isabelle Oglouyan de Camposⁱ

Livia Gil Guimarãesⁱⁱ

Revisão da tradução:

Renata Rodrigues Praxedes^{iii-iv-v}

¹ ROUSSEAU, Dominique. Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade. Tradução de Isabelle Oglouyan de Campos e Livia Gil Guimarães. Revisão da tradução: Renata Rodrigues Praxedes. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 67-89, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a429>.

² Professor de direito constitucional na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Antigo membro do Conselho Superior da Magistratura da França (2002-2006). Membro do Tribunal Constitucional de Andorra.

ⁱ Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP), com intercâmbio acadêmico no Institut d'Études Politiques de Paris – Sciences Po (2021). Bacharela em Direito pela USP, com intercâmbio acadêmico na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia da Universidade de São Paulo (GPEIA – USP). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8177035147211030>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1221-7587>. E-mail: isabelle.ocampos@gmail.com.

Resumo

A deferência judicial é um comportamento que compromete o princípio da separação de poderes, pois significa a submissão do judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo; também compromete a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, pois significa a submissão à ordem de segurança. Nesse aspecto, a deferência judicial é contrária aos princípios do Estado de Direito e, por extensão, à qualidade democrática do sistema político. Se a lei é a linguagem do Estado, os direitos e as liberdades são a linguagem da sociedade, e o Poder Judiciário é a instituição que não impede os Poderes Executivo e Legislativo de promulgarem as leis, mas impede esses poderes do Estado de abusarem de sua posição para restringir, limitar ou até mesmo suprimir as liberdades dos cidadãos. Essa função protetora dos direitos que constituem o cidadão fundamenta a legitimidade democrática da justiça constitucional como um anteparo contra o populismo.

Palavras-chave

Separação de poderes; garantia de direitos; leis do Estado e direitos da sociedade; legitimidade democrática da justiça constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. A deferência judiciária, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito. 2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação dos poderes. 2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades. 3. A deferência judiciária, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime. 3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito. 3.2 Um comportamento contrário à ética do agir jurisdicional. 4. Conclusão.

ⁱⁱ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP. Intercâmbio acadêmico no Institut d'Études Politiques de Paris – Sciences Po (2010-2011). Coordenadora de Pesquisas Judiciárias do STF (COPJ/SAE – STF). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA – USP). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi – USP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. E-mail: liviagilguimaraes@gmail.com.

ⁱⁱⁱ Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela UnB. Bacharela em Direito pela USP. Servidora do Poder Judiciário. Gerente de Altos Estudos na COPJ/SAE – STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1507284261472317>. E-mail: renatapraxedes@hotmail.com.

^{iv} As tradutoras agradecem a Pierre Moutier pela disponibilidade para tirar eventuais dúvidas ao longo do processo de tradução.

^v O artigo submetido pelo autor foi integralmente respeitado quanto à referenciação e marcas de estilo, mantendo-se, na medida do possível, o paralelismo com conceitos jurídicos nacionais. [N.T.]

Résumé

La déférence judiciaire est un comportement qui porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle signifie soumission du pouvoir judiciaire aux pouvoirs législatif et exécutif; elle porte aussi atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens en ce qu'elle signifie soumission à l'ordre sécuritaire. En cela, la déférence judiciaire est contraire aux principes de l'État de Droit et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique. Car si la loi est la langue de l'État, les droits et libertés sont la langue de la Société et le pouvoir judiciaire est cette institution qui n'empêche pas les pouvoirs exécutif et législatif de voter des lois, mais empêche ces pouvoirs d'État d'abuser de leur position pour restreindre, limiter, voire supprimer les libertés des citoyens. Cette fonction protectrice des droits qui constituent le citoyen fonde la légitimité démocratique de la Justice constitutionnelle comme rempart au populisme.

Mots-clé

Séparation des pouvoirs; garantie des droits; lois de l'État et droits de la société; légitimité démocratique de la justice constitutionnelle.

Sommaire

1. Introduction. 2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit. 2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs. 2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés. 3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime. 3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit. 3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel. 4. Conclusion.

Abstract

Judicial deference is a behavior that undermines the principle of separation of powers by implying submission of the judiciary to the legislative and executive powers; it also undermines the guarantee of citizens' rights and freedoms by implying submission to the security order. In this sense, judicial deference runs counter to the principles of the Rule of Law and, consequently, to the democratic quality of the political system. Because if the law is the language of the State, rights and freedoms are the language of Society, and the judicial power is the institution that doesn't prevent the executive and legislative powers from passing laws, but prevents these state powers from abusing their position to restrict, limit, or even eliminate citizens' freedoms. This protective function of the rights that constitute the citizen forms the democratic legitimacy of constitutional justice as a bulwark against populism.

Keywords

Separation of powers; guarantee of rights; State laws and society's rights; democratic legitimacy of constitutional justice.

Contents

1. Introduction. 2. Judicial deference, a behavior contrary to the principles of the Rule of Law. 2.1 A behavior contrary to the principle of separation of powers. 2.2 A behavior that goes against the guarantee of rights and freedoms. 3. Judicial deference, a behavior contrary to the democratic quality of a regime. 3.1 A behavior that is contrary to the life of the law. 3.2 A behavior contrary to the ethics of jurisdictional action. 4. Conclusion.

Resumen

La deferencia judicial es un comportamiento que atenta contra el principio de la separación de poderes al implicar la sumisión del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo; también afecta la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos al implicar sumisión al orden de seguridad. En este sentido, la deferencia judicial es contraria a los principios del Estado de Derecho y, por extensión, a la calidad democrática del sistema político. Porque si la ley es el lenguaje del Estado, los derechos y libertades son el lenguaje de la Sociedad y el poder judicial es esa institución que no impide a los poderes ejecutivo y legislativo promulgar leyes, sino que impide a estos poderes estatales abusar de su posición para restringir, limitar o incluso suprimir las libertades de los ciudadanos. Esta función protectora de los derechos que constituyen al ciudadano fundamenta la legitimidad democrática de la Justicia constitucional como baluarte contra el populismo.

Palabras clave

Separación de poderes; garantía de derechos; leyes del Estado y derechos de la sociedad; legitimidad democrática de la justicia constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. La deferencia judicial, un comportamiento contrario a los principios del Estado de Derecho. 2.1 Un comportamiento contrario al principio de separación de poderes. 2.2 Un comportamiento contrario a la garantía de los derechos y libertades. 3. La deferencia jurídica, un comportamiento contrario a la calidad democrática de un régimen. 3.1 Un comportamiento contrario a la vida del Derecho. 3.2 Un comportamiento contrario a la ética de la acción jurisdiccional. 4. Conclusiones.

1. Introdução

O XIX Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, realizado na Moldávia em maio de 2024, tem como tema “Formas e limites da deferência judicial, o caso dos Tribunais constitucionais”. O questionário enviado a cada tribunal é precedido de uma breve descrição da problemática: “a deferência judicial representa uma ferramenta jurídica inventada pelos juízes para a manutenção da separação de poderes e para que se abstenham de intervir em situações que eles considerem estar além de seus conhecimentos ou de sua legitimidade para decidir. O instrumento tem sido usado principalmente em casos que envolvam direitos fundamentais. A forma como os juízes exercem sua deferência é, portanto, uma questão fundamental de princípio constitucional, relativa ao papel apropriado de cada setor do governo em relação a questões importantes de política pública”. “Inventada pelos juízes” diz tudo. Deferência não é um conceito que pertence ao campo do direito, mas ao da moralidade comportamental, das regras de comportamento, em que ela designa a atitude de uma pessoa que se submete à decisão, à vontade e ao pedido de outra pessoa. Essas são, de acordo com a expressão consagrada, as marcas da deferência em oposição às da audácia quando, por exemplo, os deputados do Terceiro Estado se recusaram a obedecer às ordens de Luís XVI de se unir à nobreza e ao clero.

A deferência não ser um conceito jurídico não significa que ela não tenha efeito no campo do direito ou, mais precisamente, sobre os atores do campo jurídico – parlamentares, ministros, funcionários públicos, magistrados etc. – cujo comportamento, deferente em maior ou menor escala, terá consequências sobre a produção de decisões (leis, julgamentos, nomeações etc.), sobre as relações entre as instituições que eles representam e, de modo mais geral, sobre o funcionamento do sistema jurídico. Se os deputados do Terceiro Estado tivessem sido deferentes... Em sua tese³, Julien Bonnet demonstra que a recusa da Corte de Cassação em controlar a constitucionalidade das leis não se baseia em nenhum fundamento jurídico – nem no artigo 10 da Lei de 16-24, de agosto de 1790, nos artigos 6º e 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão nem no artigo 61 da Constituição de 1958 – mas em um espírito, uma cultura, uma atmosfera, uma deferência por parte dos magistrados socializados em torno da ideia de sua submissão à política e à lei. Se os juízes não tivessem sido deferentes...

³ Julien Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

A representação que os atores têm da instituição que eles personificam constitui a estrutura, consciente ou não, de seus comportamentos e de suas relações efetivas de poder, pelo menos quanto à repartição constitucional de suas competências. Na linguagem da psicossociologia, sem dúvida seria dito que os atores jurídicos externalizam, por meio de seu comportamento, a representação da própria instituição que eles internalizaram. Assim, a deferência judicial, “invenção dos juízes”, expressa a representação que eles fazem da instituição da Justiça e de seu posicionamento com relação a outras instituições, especialmente o Executivo e o Legislativo. Em termos um pouco grosseiros, o sentimento comum, a representação comum, é que uma Justiça em seu devido lugar é uma Justiça deferente, isto é, sujeita ao poder político ou, em termos mais civilizados, respeitosa para com o poder político.

Por outro lado, uma Justiça que não fosse deferente não estaria “em seu lugar”; mais precisamente, estaria no lugar da política e abriria caminho para uma “República de juízes”. Além de sua conotação polêmica, há de se concordar que a frase expressa uma parte da verdade política contemporânea. Os juízes estão, efetivamente, em toda parte, tanto na esfera doméstica quanto na internacional. Eles decidem sobre a pertinência de planos de acordos de demissão ou desinstalação de empresas, sobre a atribuição de autoridade parental a um casal homossexual e sobre o termo inicial para a prescrição de crimes financeiros; eles se opõem à medida de segurança e à taxa de carbono; obrigam os parlamentares a redefinirem as regras que regem as prisões cautelares ou a internação compulsória... E esse não é apenas um fenômeno francês. Na Europa, as ordens jurídicas nacionais e o próprio ordenamento europeu foram construídos principalmente pelo Tribunal de Luxemburgo, que estabeleceu os princípios de efeito direto e primazia do direito comunitário, assim como pelo Tribunal de Estrasburgo, que definiu a lei e o pluralismo como requisitos essenciais a qualquer sociedade democrática. Na arena internacional, após a Corte Internacional de Justiça – CIJ e a criação do Tribunal Penal Internacional – TPI, em 2002, a ideia de um tribunal econômico internacional está ganhando força no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, e até mesmo a ideia de um tribunal ambiental internacional.

Essa onipresença dos juízes é vista como um desejo de poder, ou até mesmo de vingança, ao passo que é uma crescente por omissão e, muitas vezes, até mesmo por autorização expressa dos políticos. Por omissão, no momento em que os órgãos de controle tradicionais – parlamento, assembleia geral de acionistas, entre outros – deixam de cumprir sua missão e levam os cidadãos a se transformarem em litigantes para que recaia sobre um ministro a responsabilidade pela condução de uma política

pública, ou sobre um empresário, pelo desvirtuamento do objeto social da empresa. Também, por omissão, quando o Parlamento legisla de forma mínima ou em termos tão imprecisos que deixa amplos poderes de decisão aos juízes. Ainda, ocorre por atribuição de poderes, quando os políticos dão aos tribunais novas competências em matéria de controle das finanças locais, planos de acordos de demissão e deliberações das autoridades locais, ou quando, em 2008, eles dão a todos os litigantes o direito de questionar a constitucionalidade da disposição legislativa que se aplica a eles.

Mesmo quando entendido dessa forma, o poder crescente dos juízes continua sendo um fato objetivo que gera problemas. E, sem rodeios, é um fato apresentado como a transição do governo do povo, por seus representantes eleitos, para o governo da sociedade por juízes e, portanto, como a manifestação de um declínio ou retrocesso na democracia. Por exemplo, Alain Minc denuncia a “nova trindade” de mídia-juízes-opinião que ameaça a democracia⁴, ou, em uma linha mais científica, Marcel Gauchet vê os direitos subjetivos como uma das principais causas da “crise da democracia”, porque sua crescente afirmação torna impossível governar as pessoas: “não são mais os delírios de poder que devem ser temidos”, ele escreve, “mas os estragos da impotência”⁵. E quando os juízes querem impor o respeito à lei, os políticos, tanto de direita quanto de esquerda, nunca hesitam em apresentar e defender suas prerrogativas como representantes eleitos do povo, como o ex-ministro da Justiça britânico, Ken Clarke, que ameaçou reformar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos por ter decidido que a lei inglesa, a qual proibia o direito de voto a prisioneiros, era contrária à Convenção.

A fim de reduzir o alcance desse fortalecimento dos juízes, alguns autores desenvolveram teorias destinadas a compatibilizar e mostrar que a função de julgar, por mais importante que seja, é compatível com a democracia representativa. Alguns, como Charles Eisenmann, por exemplo, sustentam que o juiz constitucional nunca é o censor da vontade geral expressa pelos representantes eleitos da Nação, mas apenas o “dirigente” que indica a forma constitucional, legislativa ou regulamentar que a promulgação de uma norma deve assumir, sem se pronunciar sobre seu conteúdo ou adequação, que é uma questão para o julgamento político do soberano⁶. Outros,

⁴ Alain Minc, *L'ivresse démocratique*, Gallimard, 1994.

⁵ Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie*, t.1, Gallimard, 2010, p. 67.

⁶ Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *Economica*, 1986, p. 17.

como Michel Troper⁷, consideram que a qualidade de representante não é atribuída pelo sufrágio universal, mas pela participação de uma instituição na expressão da vontade geral e que consequentemente o juiz constitucional, por sua contribuição a essa expressão, é um representante.

Essas teorias são sedutoras ou, mais precisamente, tranquilizadoras, na medida em que contam uma história que integra ou até mesmo dissolve a função de julgar na democracia representativa, que assim se torna a forma insuperável da Política. No entanto, é possível outra história que leve a sério a contribuição dos juízes para a criação de regras e que reflita sobre a forma de democracia implicada por essa contribuição. Nesse contexto epistemológico, a deferência judicial, ao passo que significa submissão, é um comportamento que afronta os princípios do Estado de Direito (1) e, por extensão, a qualidade democrática do sistema político (2).

2. A deferência judicial, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito

2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação de poderes

Afirmar que o comportamento judicial deferente compromete a separação de poderes pode surpreender, tendo em vista que ele é geralmente apresentado, especialmente pela doutrina anglo-saxônica, como um comportamento que respeita esse princípio. Os próprios juízes concordam que a sua instituição e as decisões que tomam não devem ferir a instituição parlamentar e a vontade dos representantes eleitos do povo, expressa pela aprovação de leis. Uma fórmula resume essa representação da separação de poderes: o governo dos representantes eleitos, não dos juízes. Internalizada pelos juízes, ela funciona como um freio, um obstáculo ao pleno exercício de seu poder jurisdicional; instrumentalizada pelos políticos, ela funciona como um lembrete de sua posição dominante, aniquilando e desconsiderando qualquer ação jurisdicional que “desrespeite” essa posição.

No entanto, essa fórmula não tem nenhum significado além do político e prejudica o princípio da separação de poderes. Seja qual for a maneira de analisar a teoria de Montesquieu, ela defende que a liberdade política seria perdida se os três

⁷ Troper, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie, in *La démocratie continue*. LGDL, 1995, p. 156.

poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, estivessem nas mesmas mãos; cada instituição deve ser independente no exercício de sua competência, nenhuma deve estar subordinada às outras e todas participam em conjunto na elaboração das leis. No entanto, a deferência é um estado de espírito, um comportamento de subordinação que abala essa relação igualitária entre os poderes. As palavras de Jules Grévy, em seu primeiro discurso como Presidente da República, em 6 de fevereiro de 1879, são muito esclarecedoras: “sinceramente *submetido* à grande lei do regime parlamentar, jamais entrarei em combate com a vontade nacional expressa por seus órgãos constitucionais”⁸. Foi um discurso de deferência constitucional, com Jules Grévy concordando em submeter a instituição presidencial à instituição parlamentar, comprometendo-se a não usar seu direito de dissolução que, no entanto, a constituição lhe conferia explicitamente. Essa subordinação deu origem à famosa Constituição de Grévy, na qual, desequilibrado por esse comportamento de deferência, um poder, o da Assembleia, gradualmente se viu em uma posição de domínio absoluto sobre as outras instituições, uma configuração que os constitucionalistas chamaram de “regime da Assembleia”, ou seja, um regime não mais baseado na separação de poderes, mas na confusão destes em favor do Parlamento.

Da mesma forma, a deferência jurisdicional é uma subordinação da instituição judiciária às instituições executiva e legislativa que interfere na separação dos poderes. Em seu relatório para o Congresso da Associação Internacional de Ciência Política de 1957, o reitor Vedel demonstrou que, na prática, “os poderes legislativo e executivo estão intrinsecamente soldados”. Qualquer que seja, de fato, a qualidade do texto constitucional, qualquer que seja a organização constitucional dos poderes escolhida, a unidade dos poderes é reconstituída no Executivo graças à lógica da maioria, atribuindo ao campo vitorioso e ao seu líder o controle do poder normativo. Esse fenômeno não é especificamente francês ou ligado à Quinta República. Se a instituição parlamentar se tornou subordinada – soldada, nas palavras do reitor – à instituição executiva, se, como escreveu Maurice Duverger, o Executivo e o Legislativo juntos formam o poder do Estado e se a instituição jurisdicional adota um comportamento deferente frente a esse poder do Estado, a separação de poderes não existe mais e a liberdade política está em perigo.

Embora o poder de decidir esteja atualmente nas mãos dos poderes Executivo e Legislativo, o equilíbrio dos poderes depende da possibilidade de exercício do poder Judiciário de prevenção. E de um exercício livre e independente, não deferente, pois, caso assim o fosse, o poder de controle seria diminuído, se não... impedido.

⁸ Grévy, Jules. *Discours politiques et judiciaires*, Hachette livre, BNF, 2014, p. 80.

Além disso, esse poder não tem nem o objetivo nem o efeito de obstar que o poder do Estado governe, apenas o de impossibilitar que esse poder seja absoluto, que se aproveite de sua posição dominante para abusar de seu poder, infringindo os direitos e as liberdades que são a estrutura de um exercício democrático do poder. Os juízes não impedem o governo de governar; eles o inibem de governar como um mestre absoluto, lembrando-lhe dos limites constitucionais de suas competências.

O princípio da separação de poderes não pode ser entendido isoladamente. Com mais precisão, a relação que se estabelece entre os três poderes não é neutra ou mecânica, depende do princípio de legitimidade que se aplica em um determinado momento, que determina a posição de cada um e o seu lugar em relação aos outros. Na sociedade do Antigo Regime, dividida em três ordens, aceitava-se que a nobreza e o clero eram de nível superior, justificando sua posição de “privilegiados” que o povo tinha de reconhecer ao se comportar com deferência em relação a eles, isto é, com respeito à distinção social. A partir do momento em que essa distinção deixou de ser considerada legítima, a deferência do Terceiro Estado ruiu e os privilegiados perderam sua posição na noite de 4 de agosto. Após o início incerto da Terceira República, o discurso de deferência de Jules Grévy foi o reconhecimento da posição dominante de que, apesar dos textos, é legítima a concessão à Assembleia advinda do sufrágio universal. Em outras palavras, a legitimidade é o espírito que impulsiona e dá forma efetiva à separação de poderes.

Desse modo, os juízes adotam, ou acreditam que devem adotar, uma atitude de deferência em relação às instituições políticas, porque lhes falta a legitimidade que determina sua posição: a eleição. Nas palavras do General de Gaulle, o Presidente da República goza de legitimidade máxima, porque é o representante eleito de toda a nação; os deputados vêm antes dos senadores, porque estes últimos são eleitos apenas por sufrágio indireto e, portanto, não podem ter a última palavra; o Poder Judiciário, obviamente, não tendo legitimidade eleitoral, deve reconhecer sua inferioridade institucional. Essa falta de legitimidade é regularmente destacada quando os tribunais, as cortes ou o Conselho Constitucional emitem decisões que anulam ou censuram uma lei: “com a decisão da Sra. Gonzalez de 31 de maio de 2016, o Conselho de Estado refez a lei sobre GPA”, dizem alguns comentaristas⁹; “com a decisão de 6 de julho de 2018, anulando o crime de assistência a um estrangeiro em situação irregular¹⁰, o Conselho Constitucional se opôs aos representantes eleitos do povo que queriam tornar essa

⁹ Conselho de Estado, 31 de maio de 2016, Sra. Gomez, RFDA, 2016, p. 755.

¹⁰ Conselho Constitucional 2018-717/718 QPC, 6 de julho de 2018, publicado em 7 de julho de 2018.

assistência um crime”, condenam outros observadores. A legitimidade eleitoral, portanto, atua como um chamado à ordem para as posições de cada instituição.

O fato de esses chamados à ordem serem mais frequentes hoje em dia não significa que os juízes sejam menos deferentes com relação ao poder político, apenas que a legitimidade eleitoral na qual se baseava foi fragilizada, assim como a legitimidade da nobreza foi no passado. Há vários anos, o sufrágio universal não é mais suficiente para garantir a aceitabilidade social das leis, outro tipo de legitimidade vem surgindo, que dá pelo menos tanta importância à forma como a lei é feita quanto à sua origem eleitoral, e mais importância à deliberação, à troca de argumentos e ao contraditório que foram empregados na elaboração e adoção da lei. Nesse registro de legitimidade, o juiz muda de posição, o valor da lei não depende mais apenas de seu voto e, portanto, da posição dominante do Parlamento, mas igualmente do modo como foi produzida e da instituição jurisdicional responsável por garantir o respeito aos direitos e às liberdades. Essa nova legitimidade é expressa na máxima vedeliana derivada da decisão do Conselho de agosto de 1985: “a lei aprovada expressa a vontade geral somente em conformidade com a constituição”. A instituição parlamentar e a judiciária estão em posição de igualdade no trabalho de produção da vontade geral, e a deferência seria meramente a sobrevivência, na mente de juízes e políticos, da antiga legitimidade. Isso nos leva de volta a Portalis, que explicou: “há uma ciência para os legisladores, assim como há para os magistrados; e uma não é como a outra. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum: a ciência do magistrado consiste em pôr em ação esses princípios, em ramificá-los, em estendê-los, por uma aplicação sábia e raciocinada, aos casos concretos; em estudar o espírito da lei quando a letra mata”¹¹. É nisso que reside a legitimidade democrática do juiz, em sua preocupação com a vida concreta, uma preocupação formada não pela repetição mecânica da letra da lei, nem pela livre criação hermenêutica, mas pela sobreposição dos argumentos das partes. A deferência jurisdicional se tornou um comportamento contrário à qualidade da lei.

2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades

Dois indícios concretos permitem mensurar as relações entre a deferência jurisdicional e a garantia de direitos e liberdades. Em primeiro lugar, os comentários

¹¹ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801, p. 46.

feitos sobre as decisões judiciais. Por exemplo, quando o Conselho Constitucional privilegia o princípio da fraternidade, censurando o artigo que torna crime ajudar um imigrante em situação irregular, ele é criticado por alguns por sua falta de deferência ao Parlamento e elogiado por outros por sua audácia; e aqueles que o criticaram louvaram sua “sabedoria” quando o mesmo Conselho julgou que o princípio da sinceridade e da clareza do debate parlamentar não havia sido violado durante a votação da lei de reforma da previdência¹², enquanto os últimos o criticaram por sua excessiva deferência aos políticos. Em segundo lugar, há a tendência atual de atacar os juízes e, em particular, os juízes constitucionais, com base no fato de que eles protegem “demais” os direitos e as liberdades. Assim, na Hungria, na Polônia, como também em Israel, foram aprovadas reformas para (re)submeter os tribunais ao poder político e reduzir seu poder de sancionar a legislação.

Essa tendência populista constitucional não poupa a França. Algumas vozes clamam por uma revisão da Constituição que proibiria os tribunais franceses de usarem os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos como padrões de referência para o controle das leis; outros querem retirar do Conselho Constitucional seu poder de censurar leis e transformá-lo em um mero órgão que emite pareceres consultivos sobre elas. Já em 1993, em resposta à decisão do Conselho de censurar a lei que restringia o direito de asilo, o Senador Dailly havia proposto uma revisão do Artigo 61 da Constituição, cujo objetivo era proibir o Conselho Constitucional de usar a Declaração de 1789 e o Preâmbulo de 1946 para julgar leis¹³...

Os direitos e as liberdades são vítimas da deferência jurisdicional; quanto maior a deferência, menos eles são protegidos.

Essa relação é baseada no conceito de Estado de Direito. Os juristas analisaram a questão do Estado e, mais especificamente, a relação entre o direito e o Estado por todos os ângulos. Alguns, como Carré de Malberg, negam qualquer fundamento jurídico ao Estado e fazem dele um “simples fato”¹⁴, enquanto outros, como Duguit, fazem do Estado uma criação do Direito¹⁵, e outros ainda buscam, com Kelsen, uma terceira via, substituindo as duas visões opostas da anterioridade ou posterioridade

¹² Conselho Constitucional 2023-819 DC, 14 de abril de 2023, publicado em 15 de abril de 2023.

¹³ Isto não impediu que o Senador Dailly fosse posteriormente nomeado para o Conselho Constitucional.

¹⁴ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, p. 62.

¹⁵ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, reedição CNRS, 1972.

do Estado com relação ao Direito por uma visão da simultaneidade, da identidade do Estado e do Direito, resumida na fórmula “todo Estado é um Estado de Direito; o termo Estado de Direito é um pleonasmo”¹⁶. Seja como for, o Estado de Direito difere de outras formas de Estado pelo fato de as instituições jurisdicionais estabelecidas pela constituição serem responsáveis por garantir direitos e liberdades. O artigo 66 da Constituição de 1958 afirma que “a autoridade judicial é a guardiã da liberdade individual e garante o respeito a esse princípio”. Conforme o artigo 61-1, ao Conselho Constitucional competiu decidir se “uma disposição legislativa infringe os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”. Em outras palavras, o Estado de Direito é um estado no qual o poder político é limitado pelos juízes, que devem verificar se os direitos e as liberdades são respeitados. Esses direitos e liberdades não são concedidos pelo Estado nem são os guias para sua ação. Em vez de ser regido pela lei, como pensava Louis Favoreu, é regido por interesses econômicos, pelo que Michel Foucault chamava de “a arte de governar” ou a razão governamental ou ainda de “economia política”¹⁷.

Se esses direitos e liberdades não são a linguagem do Estado, são a linguagem da sociedade. Não há jusnaturalismo aqui. Tais direitos não caem do céu, eles são o produto das contradições sociais e das lutas, muitas vezes longas e muitas vezes violentas, para obtê-los. “Na nossa provação diária”, escreve Camus, “a revolta desempenha o mesmo papel que o cogito na ordem do pensamento: ela é a primeira evidência. Mas essa evidência tira o indivíduo de sua solidão. Ela é um território comum que fundamenta o primeiro valor dos homens. Eu me revolto, logo existimos”¹⁸. Todos os direitos humanos nascem da revolta e, nesse sentido, são a preocupação de todos os homens, a base comum de todos os homens, o sinal da solidariedade de todos os homens. Assim sendo, eles são uma política, como escreve Claude Lefort, e, muito precisamente, uma política da sociedade contra o Estado. Os direitos estabelecidos em 1789 devem, portanto, ser vistos como armas nas mãos dos “membros do corpo social” contra a política de poder do Estado; como alavancas para se opor, criticar e restringir a razão do Estado, que tem como base o cálculo de interesses. O princípio da independência acadêmica é o “ponto de apoio” para a crítica da política estatal na área de pesquisa; o princípio da proteção ambiental é o “ponto de apoio” para desafiar a política estatal na questão climática; o princípio da fraternidade é o “ponto de apoio” para forçar o Estado a rever sua política na área

¹⁶ Kelsen, *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 370.

¹⁷ Michel Foucault *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)*. Ed. Senellart, Michel. Gallimard; Seuil: Paris, 2004.

¹⁸ Albert Camus, *L'Homme révolté*, La Pléiade, 2008, p. 79.

de acolhimento de estrangeiros. Na linguagem do direito, esses “pontos de apoio” são chamados de “padrões de referência” e o tribunal constitucional¹⁹ é aquele que, usando as palavras da Declaração de 1789, recebe reclamações e faz a comparação entre os “padrões de referência”, ou seja, os princípios e direitos constitucionais, e os atos do poder legislativo.

A configuração constitucional que se delineia é clara: de um lado, o “poder estatal”, que toma suas decisões com base em um cálculo de interesses; de outro, o “poder jurisdicional”, que examina essas decisões e, quando apropriado, baseia sua crítica nos direitos dos “membros do corpo social”. Nessa configuração, uma deferência jurisdicional seria contrária aos direitos e liberdades que compõem a qualidade democrática de uma sociedade.

3. A deferência judicial, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime

3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito

Afirmar que a deferência judicial é contrária à qualidade democrática de uma organização é, sem dúvida, contraintuitivo. De fato, na ordem legítima das coisas políticas, o princípio democrático é respeitado se o juiz constitucional for somente, parafraseando a célebre e frequentemente mal compreendida formulação de Montesquieu, a boca da constituição. Nessa perspectiva, julgar a lei se resume à simples operação de aplicar um princípio que é, por si só, constitucional, normativo e significativo. O trabalho do juiz pode ser analisado como um simples lembrete ao legislador de que ele teria incompreendido o significado da norma constitucional; ele não acrescenta nada, não cria nada e não tem nenhum poder de apreciação ou de interpretação, uma vez que o significado da norma deve estar inserido na própria norma. O Tribunal simplesmente aplica ao Parlamento uma norma cujo significado é externo a ele e submete o legislador a uma norma à qual ele mesmo está sujeito e da qual é meramente porta-voz. Nessas condições, o juiz não exerce nenhum poder, ele simplesmente aplica uma norma preexistente, sua atividade é neutra e a questão de sua legitimidade não lhe é oposta.

¹⁹ Por “tribunal constitucional”, entende-se o princípio do controle de constitucionalidade e não o Conselho Constitucional francês, tal qual organizado atualmente.

Entretanto, esse quadro conceitual não possibilita a compreensão da realidade do trabalho jurisdicional. Contrariamente a uma ideia muito comumente repetida, a lei não chega pronta aos juízes; não é uma norma que o juiz simplesmente teria de aplicar aos casos concretos pendentes diante dele; é um texto inacabado, uma norma em potencial que aguarda que o juiz atribua à letra da lei o significado que irá lhes dar força normativa. A teoria de um juiz autômato, mero repetidor da lei, foi definitivamente invalidada pela controvérsia francesa entre a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional sobre o entendimento acerca da expressão “disposição legislativa que pode ser objeto de uma QPC”^{vi}. Para a Corte, se o requerente não impugnasse a disposição legislativa, mas, sim, a interpretação dada pelos juízes, a questão não seria admissível e não deveria ser encaminhada ao Conselho²⁰; por outro lado, para o Conselho, um litigante tem o direito de refutar a constitucionalidade de uma interpretação jurisprudencial da lei na exata medida em que é essa interpretação que lhe dá “alcance efetivo”²¹. Dessa maneira, reconheceu-se plenamente a diferença entre o texto e a norma e o papel desempenhado pelos juízes na transição de um para o outro.

Logo, é preciso admitir que o papel de um Tribunal não se reduz àquele, passivo, de quem sopra ao ator parlamentar, lembrando-lhe de sua partitura, mas, sim, o de desempenhar uma atividade plenamente política, na qual ele é criador de direito.

Não apenas porque o Tribunal “descobre” direitos a partir dos princípios escritos, mas também porque um princípio não aparece como um princípio de valor constitucional, como uma norma, como uma instância de avaliação da lei, até que o juiz lhe dê um sentido. Antes disso, as disposições constitucionais não passam de meras palavras aguardando sua normatividade e, para fazer com que essas palavras produzam um efeito legal, o juiz deve escolher um significado entre todos os possíveis.

Em suma, a determinação do sentido de um direito constitucional nunca pode ser um ato de conhecimento; é sempre um ato de vontade por parte dos juízes.

^{vi} *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) ou, em português, “Questão Prioritária de Constitucionalidade” é uma ferramenta francesa de controle de constitucionalidade *a posteriori*, disponível a qualquer pessoa que deseje questionar uma lei estimada como contrária aos direitos e às liberdades garantidos pela Constituição. O Conselho Constitucional é a instituição responsável por julgar a QPC e seus efeitos são *erga omnes*. [N.T.]

²⁰ Corte de Cassação, QPC, 19 de maio de 2010, Yvan Colona.

²¹ Conselho Constitucional, 2010-39 QPC, 6 outubro 2010, publicado em 7 de outubro de 2010, p.18154.

De acordo com outra formulação conhecida, de aspecto oposto à de Montesquieu, a constituição é o que o juiz diz que ela é²². Nessa ordem de ideias, aquela da livre criação do direito por um juiz não eleito por sufrágio universal, pode suscitar a questão de sua legitimidade.

No entanto, essa representação de uma função de julgar totalmente livre, discricionária e subjetiva pode não ser convincente. Sem dúvida, um enunciado jurídico precisa da intervenção jurisdicional para alcançar a normatividade, mas isso não significa necessariamente que essa intermediação seja realizada pela ação unilateral, voluntária e discricionária do juiz. Acima de tudo, ela pode ser entendida como uma relação complexa entre todos aqueles que fazem uso de um enunciado jurídico e, nessa relação, o juiz é apenas um dos atores. O juiz faz parte de uma cadeia hermenêutica na qual intervêm as assembleias parlamentares, os tribunais europeus, os comitês e as sociedades científicas, as academias, os doutrinadores, as associações, os sindicatos, ... *A produção de sentido de um enunciado jurídico é o produto dessa cadeia, de modo que o juiz não é um poder livre para criar sentidos; ele é a instância na qual a relação entre a regra da maioria, que produziu a letra da lei, e os direitos fundamentais, é equilibrada, discutida e refletida*^{vii}. Quando o juiz dá sentido à letra da lei, ele sempre o faz com base em um caso concreto com pessoas reais; o legislador, por outro lado, não tem ninguém diante de si, apenas um ser abstrato, e ele estabelece as palavras de forma geral e abstrata que tornam a lei, de acordo com a formulação consagrada, um texto geral e impessoal. Já o dever do juiz é o de resolver o caso concreto que lhe foi apresentado e conseqüentemente ele deve ter uma abordagem de aproximação a fim de exercer o trabalho de atribuição de sentido às palavras da lei.

É aí que reside a legitimidade democrática do julgador, em sua preocupação com a vida concreta, uma preocupação formada não pela repetição mecânica das palavras da lei, nem pela livre criação hermenêutica, mas pela sobreposição dos argumentos das partes. O que equivale a dizer, em termos atuais, o que Portalis já dizia: “há uma ciência para os legisladores, assim como há uma para os magistrados; e uma não se parece com a outra. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum: a ciência do magistrado consiste em pôr esses princípios em ação, em ramificá-los, em estendê-los, por meio de uma

²² De acordo com Oliver Wendell Holmes, juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos.

^{vii} Nota do editor: destaques do autor.

aplicação sábia e fundamentada, aos casos concretos; em estudar o espírito da lei quando a letra mata”²³...

Essa realidade do trabalho jurisdicional é atualmente aceita, mas é precisamente essa realidade que levou a crítica ao “governo dos juízes”. Se o princípio democrático é definido pela soberania do povo e se, por razões de tempo, educação, filosofia ou geografia, o povo não pode se furtar à representação, a única necessidade democrática real é que ele designe, por meio de seu voto, aqueles que agirão em seu nome. E, assim, o ideal democrático é atingido em seu cerne quando as leis aprovadas pelos representantes eleitos do povo podem ser desfeitas ou descartadas por uma instituição desprovida daquilo que dá legitimidade a um poder, o sufrágio universal. A participação dos juízes na elaboração das leis é, nessa compreensão de democracia, uma anomalia.

Contra esse pensamento dominante, e correndo o risco de aborrecer alguns populistas, é permitido a um constitucionalista ter opinião menos “catastrófica”, apresentando ou lembrando a todos o que os juízes agregam à democracia: a civilização, no sentido que Norbert Elias dá a essa palavra. O pano de fundo de todo julgamento e de todo procedimento, escreve Paul Ricoeur, é a violência e, portanto, *o horizonte de todo ato de julgar é apresentar-se como uma alternativa à violência em todas as suas formas*²⁴ e, em particular, àquela que é a mais destrutiva da ideia de sociedade, porque é uma simulação de justiça: a vingança. Em termos mais diretos, a transição da barbárie para a civilização se faz com o abandono do linchamento em favor da justiça. Isso implica reconhecer o Direito e os juízes como componentes necessários da qualidade democrática de um sistema político que, para se distinguir da forma representativa ou eleitoral, poderia ser chamado de “democracia contínua”.

3.2 Um comportamento contrário à ética da ação jurisdicional

A ideia de democracia contínua não inventa nem cria esse poder normativo do juiz, ela apenas o revela, levantando e rompendo a pesada estrutura conceitual que envolve a definição de democracia em um silogismo simples, mas eficaz: é democrático aquilo, e somente aquilo, que resulta do sufrágio universal; os juízes não são eleitos por sufrágio universal, portanto, ou eles são intrusos na democracia, ou o regime no qual eles têm poder normativo não pode ser qualificado como

²³ Portalis, Discurso preliminar sobre o primeiro projeto do Código Civil, 1801.

²⁴ Paul Ricoeur, *L'acte de juger*, Revue Esprit, 1992, p. 20.

“democrático”. Nessa estrutura conceitual, os juízes não podem ser vistos como atores da democracia.

Todavia, aqui essa estrutura conceitual também se “quebra”. Até agora, a legitimidade de uma instituição ou decisão dependia de sua origem: Deus e a legitimidade do direito divino, a Natureza e a legitimidade do direito natural, a Autoridade e a legitimidade carismática, o Povo e a legitimidade eleitoral que, nesse último caso, era imediatamente transformada em legitimidade “democrática”. Atualmente, esse critério de origem é debatido. Bem ou mal, a eleição não é mais considerada “O” marcador da qualidade democrática de uma instituição ou de uma decisão. *Está ocorrendo uma mudança nas crenças coletivas da origem do poder para a forma como o poder é exercido, da legitimidade eleitoral para a legitimidade procedimental. Em outras palavras, é a maneira pela qual uma decisão foi elaborada que a faz ser reconhecida como legítima.* Mais do que sua origem.

Essa legitimidade procedimental se manifesta, em primeiro lugar, no reconhecimento de uma diferença entre aqueles que são governados e aqueles que os governam. A existência de um juiz encarregado do controle da constitucionalidade da lei encena uma representação política que estabelece uma diferença entre o corpo de representantes e o corpo de representados. Em cada decisão jurisdicional, ocorre o mesmo ato: os atos aprovados pelo corpo de representantes – as leis – são julgados em relação aos direitos do corpo de representados – a constituição. Isso implica conceber dois espaços distintos, o dos representantes e o dos representados, cada um carregando vontades normativas potencialmente contraditórias: a lei votada pelos representantes eleitos não é automática e necessariamente a expressão da vontade geral, ela só o é, se e somente se, respeitar a constituição²⁵.

No entanto, essa imagem do distanciamento é essencial e talvez até constitutiva da relação democrática. Sem dúvida, o ideal democrático é frequentemente apresentado como o envolvimento cada vez maior do povo no poder – por meio da extensão do sufrágio universal, por exemplo – e a fusão do povo no corpo político da representação nacional. Enquanto as “democracias populares”, com o partido único, levaram essa lógica de fusão ao extremo, as “democracias burguesas” também aderiram a ela com mais sutileza. Raymond Carré de Malberg, em particular, fez uma descrição perfeita da maneira como esses regimes parlamentares operam: com

²⁵ De acordo com o conhecido considerando da decisão do Conselho Constitucional de 23 de agosto de 1985: “a lei aprovada expressa a vontade geral apenas quando está em conformidade com a Constituição”, CC 85-197 DC, 23 de agosto de 1985, R. p.70.

base na identificação dos governados com os governantes, na confusão entre o povo e seus representantes, bem como entre a vontade geral e a vontade parlamentar, tornando o Parlamento igual ao soberano, ou melhor, como escreveu o mestre de Estrasburgo, colocando-o como soberano²⁶. Mas, por mais democrático que possa parecer, esse tipo de funcionamento político não passa, na realidade, da reprodução transposta do princípio monárquico, segundo o qual o corpo da Nação e o do Rei formam um só. Em um discurso ao Parlamento de Paris em 3 de março de 1766, Luís XV declarou que “os direitos e os interesses da Nação, que ousam transformar em um corpo separado do monarca, estão necessariamente unidos aos meus e repousam exclusivamente em minhas mãos; não tolerarei”. Continuou ele, “a introdução de um corpo intermediário que só poderia perturbar a harmonia”. Em 1789, os revolucionários certamente acreditaram e queriam separar esses dois corpos; eles até pensavam que o ato revolucionário estava precisamente nessa afirmação ousada da autonomia do corpo da Nação em relação ao do Rei. No entanto, por razões políticas, os homens de 1789 reconstituíram a unidade dos corpos, oferecendo apenas à Nação um novo corpo no qual se fundir, o corpo de representantes.

É essa fusão que o juiz constitucional rompe. Ao mostrar a constituição, ele mostra o ato do corpo do povo soberano e impede que o ato do corpo de seus representantes seja diretamente imputado à vontade do povo. Enquanto a fusão de corpos leva a essa imputação na medida em que, por definição, o povo não existe de maneira separada e independente e não pode ter uma vontade fora daquela expressa por seus representantes²⁷, o distanciamento dos corpos abre um espaço para a deliberação normativa. Os representantes estão sempre habilitados a expressar a vontade dos cidadãos, mas a fusão das duas vontades não é mais possível; a construção e a aplicação pelo juiz constitucional da autonomia do corpo do soberano, simbolizado pela constituição, faz com que sempre paire uma dúvida quanto à conformidade constitucional do ato legislativo aprovado pelos representantes. Desse risco permanente de discordância, que expõe a representação, decorre a necessidade de moderação no exercício do poder e na elaboração de normas.

A legitimidade processual se manifesta, em seguida, por meio da introdução de uma longa temporalidade na construção da lei. Ao relembrar os princípios fundamentais enunciados pela Constituição, o juiz obriga à reflexão sobre o sentido, o valor e o alcance que a adoção dessa ou daquela lei pode representar para o “bem

²⁶ Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984.

²⁷ Siéyès escreveu: “O povo só pode falar e agir por meio de seus representantes”.

comum”; ele cria uma distância ao imediatismo, à rapidez e à emoção. E não é contrário à ideia democrática o fato de que o tempo de reflexão deve prevalecer sobre o tempo da emoção, porque a vontade geral não é produzida espontaneamente ou na despreocupação do momento, ela é “feita” com moderação, com prudência, e o Tribunal Constitucional é o espaço que permite que o tempo curto, leve, e às vezes atordoado, de uma iniciativa legislativa seja confrontado com o tempo longo dos princípios que a Constituição estabelece.

Por fim, a legitimidade procedimental se manifesta na construção de um regime de enunciação de normas que envolve vários atores: o governo, do qual se originam quase todas as leis; o parlamento, que emenda e vota; e o juiz constitucional, que questiona a constitucionalidade da lei. O primeiro “trabalha” a vontade geral com base na confiança de sua maioria, o segundo a partir da confiança dos eleitores, o terceiro mediante o apego solenemente proclamado pelo povo aos direitos humanos estabelecidos nos preâmbulos e nas convenções internacionais, cada um fazendo sua própria contribuição para a formação da vontade geral. Mais uma vez, a ampliação do círculo deliberativo não é, a priori, contrária à ideia democrática de elaboração da norma.

Se esse é o caso, se o juiz tem um papel decisivo na construção da norma, se ele está situado na interface entre as esferas civil, pública e política, seu poder deve ser exercido de acordo com uma ação jurisdicional que se desdobra em quatro regras principais, cada uma e todas elas juntas, tendo por objeto a busca pela produção de um julgamento garantido por sua qualidade deliberativa.

O primeiro princípio é evidentemente a obrigação de motivar os julgamentos. Como uma decisão não é uma aplicação silogística da lei, mas o resultado de uma escolha entre vários significados possíveis dos enunciados legais, o juiz deve demonstrar o processo argumentativo que o levou a adotar uma dada interpretação em vez de outra. Todo magistrado constrói a qualificação jurídica dos fatos com base em um determinado número de elementos que ele deve indicar e justificar. *Nessa lógica, seria oportuno que a França finalmente reconhecesse a prática de opiniões apartadas, pois elas “funcionam” como um meio procedimental que obriga os juízes a fundamentarem mais e melhor suas decisões. Quando os juízes majoritários sabem que seus colegas minoritários podem, após o julgamento e publicamente, expressar sua discordância com a solução adotada ou com as razões apresentadas, eles são levados a prestar mais atenção à qualidade jurídica de sua argumentação e, da mesma forma, os juízes “dissidentes” devem motivar mais seriamente sua opinião se desejam que a jurisprudência se faça evoluir. A racionalidade de uma decisão judicial depende de sua capacidade de considerar a hipótese de que ela poderia ter sido diferente, caso contrário, ela não é racional, é “louca”.*

O segundo princípio é certamente o princípio do contraditório. Uma decisão judicial é construída por meio da troca de argumentos entre as partes e cada uma delas deve ter o direito de apresentá-los e defendê-los com paridade de armas. Nesse sentido, o advogado é mais do que um “auxiliar da justiça”, para usar uma expressão condescendente; tampouco é o inimigo do magistrado, aquele que quer levar o juiz a cometer um “erro” ao interpretar o artigo do Código de uma forma e não de outra; o advogado é aquele que participa da construção da decisão judicial por meio da discussão aprofundada dos argumentos. E esse princípio do contraditório depende do reconhecimento e do respeito à ampla defesa.

O terceiro princípio é o princípio da publicidade dos debates judiciais. Desde que a autonomia da esfera de produção do julgamento seja constitucionalmente garantida, a esfera da justiça pode e, acima de tudo, deve se abrir e se comunicar com as demais esferas.

Por fim, o último princípio, o da colegialidade. Toda decisão judicial é – ou deveria ser – “deliberada”, de acordo com a formulação clássica, ou seja, seu conteúdo é discutido, o julgamento é o resultado de uma confrontação entre os magistrados; essa colegialidade funciona como um mecanismo de “formação permanente”, como um processo de controle recíproco que garante a qualidade do julgamento.

4. Conclusão

Àqueles que incessantemente interpelam os juízes com “por favor, deferência, deferência, deferência”, seria tentador dizer-lhes como Danton: “por favor, audácia, mais audácia, sempre mais audácia e a democracia será salva”. A Justiça sempre foi um “marcador” da democracia. As sociedades saíram da barbárie quando abandonaram o linchamento em favor da justiça; as sociedades entraram na era democrática quando estabeleceram as regras do devido processo legal e do tribunal neutro e imparcial. *A Justiça não é um componente do princípio liberal que viria a “poluir” o princípio democrático. Ela é um componente do próprio princípio democrático, que seria incompleto sem ela.* Na configuração democrática moderna, em que o sufrágio universal não é, ou não é mais, a única fonte de legitimidade, a Justiça, desde que sua reconstrução institucional e ética seja realizada, pode ainda ser a instituição por meio da qual se continuará a legitimidade democrática.

Referências

BONNET, Julien. **Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois**: Analyse critique d'un refus. 81. ed. Paris: Dalloz, 2009.

CAMUS, Albert. L'homme Révolté. **Œuvres Complètes**. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1920.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Economica, 1984.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 5 vol., 1921-1929 ; 3 vol. Paris: rééd. CNRS, 1972.

EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche**. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, Territoire et Population**. Cours au Collège de France. Paris: EHSS, Gallimard, Seuil, 2004.

GAUCHET, Marcel. **L'avènement de la démocratie**, t 1. La révolution moderne. Paris: Gallimard, 2010.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du Droit**. Paris: Dalloz, 1962.

MINC, Alain. **L'ivresse démocratique**. 1. ed. Paris: Gallimard, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **De l'Esprit Des Lois**. Gallimard, 2024.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801**. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004.

RICOEUR, Paul. **L'acte de juger**. Revue Esprit, 1992, p. 20.

TROPER, Michel. **Justice constitutionnelle et démocratie**, in La démocratie continue. LGDL, 1995, p. 156.

Jurisprudência citada

FRANÇA. Conselho Constitucional 2023-819 DC, 14 de abril de 2023, publicado em 15 de abril de 2023. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/2023849DC.htm>>.

FRANÇA. Conselho Constitucional 2018-717/718 QPC, 6 de julho de 2018, publicado em 7 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018717_718QPC.htm>.

FRANÇA. Conselho de Estado (Assemblée), 31 de maio de 2016, Sra. Gomez, RFDA, 2016, p.755.

FRANÇA. Conselho Constitucional 2010-39 QPC, 6 de outubro de 2010, publicado em 7 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm>>.

FRANÇA. Corte de Cassação. QPC 09-82582 19 de maio de 2010, Sr. Yvan Colonna. Disponível em: <<https://www.courdecassation.fr/decision/61402d5403f751c6733ea0a8>>.

FRANÇA. Conselho Constitucional 85-197 DC, 23 de outubro de 1985, R. p. 70. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>>.

TRADUÇÃO

Proporcionalidade e Justificaçãoⁱ⁻ⁱⁱ⁻ⁱⁱⁱ

Proportionality and Justification

Proporcionalidad y Justificación

Matthias Klatt^{*iv}

Karl-Franzens Universität Graz (Graz, Áustria)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9697-9975>
E-mail: matthias.klatt@uni-graz.at

Tradução do texto:

Flávio Baumgarten^v

Revisão da tradução:

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno^{vi}

ⁱ KLATT, Matthias. Proporcionalidade e justificação. Tradução de Flávio Baumgarten. Revisão da tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 91-140, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a425>.

ⁱⁱ *Copyright Consent for Professor Matthias Klatt from Oxford Publishing Limited with respect to 'Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse'. Reproduced with permission of the Licensor through PLSclear. This article is excluded from and not covered by the CC BY 4.0 license or any form of open access license, all and any reuse requires permission.* Em tradução livre: Consentimento de Direitos Autorais ao Professor Matthias Klatt, da *Oxford Publishing Limited*, referente ao artigo "Proporcionalidade e justificação". Reproduzido com autorização da licenciante por meio de PLSclear. Este artigo está excluído e não é coberto pela licença CC BY 4.0 ou qualquer forma de licença de acesso aberto, toda e qualquer reutilização requer permissão.

ⁱⁱⁱ Este artigo foi originalmente publicado em inglês como: Matthias Klatt, *Proportionality and Justification In: Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Edited by: Ester Herlin-Karnell and Matthias Klatt, Oxford University Press (2020), © Ester Herlin-Karnell and Matthias Klatt. DOI: 10.1093/oso/9780190889050.003.0008.

^{*}Nota do autor: esta contribuição baseia-se em minha palestra inaugural proferida na Faculdade de Direito de Graz em 20 de maio de 2016. As versões posteriores foram apresentadas, entre outros, em conferências em Londres e Barcelona e se beneficiaram dos comentários e das perguntas feitas nessas ocasiões. Gostaria, em especial, de agradecer ao meu debatedor em Barcelona, Juan Carlos Bayon, bem como a Samantha Besson, Cristina Lafont e Mattias Kumm.

^{iv} Professor titular de Teoria e Filosofia do Direito, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Áustria. Diretor do centro de pesquisa Graz Jurisprudence. E-mail: matthias.klatt@uni-graz.at.

^v Assistente universitário, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Áustria. Doutorando em Filosofia do Direito. Membro do Centro de Pesquisa Graz Jurisprudence.

^{vi} Professor de teoria e filosofia jurídica na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (Belo Horizonte, Minas Gerais) e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7390484026988433>.

Resumo

Em contraste com os relatos descritivos e analíticos, eu defendo neste artigo o uso do teste de proporcionalidade no raciocínio de direitos como normativamente justificado, seguindo na linha do direito moral à justificação de Rainer Forst. Estabeleço aqui uma nova teoria da dimensão diacrônica da análise da proporcionalidade, que está incorporada no que eu chamo de modelo de proporcionalidade como integridade. Meu argumento explica em detalhes o que significa um direito à justificação e explora como ele se relaciona com o teste de proporcionalidade. Isso inclui uma análise de como a pretensão de correção do direito está relacionada às noções de justificação e argumentação. Demonstro como a justificação, enquanto análise de proporcionalidade, integra a forma e a substância da argumentação sobre direitos, portanto institucionalizando um espaço de razões. Também defendo a validade global do direito à justificação contra alegações de relatividade cultural e enfatizo a natureza discursiva do controle de constitucionalidade. Isso me leva a apoiar um meio-termo entre o liberalismo e o comunitarianismo. Logo, não está aberto ao livre arbítrio o emprego ou não da análise de proporcionalidade. Pelo contrário, devemos usá-la porque existe um direito à proporcionalidade. Isso, por sua vez, estabelece o direito à justificação como um fundamento robusto para o constitucionalismo discursivo global.

Palavras-chave

Direito à justificação; proporcionalidade; argumentação jurídica; espaço de razões; constitucionalismo discursivo global.

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito à Justificação. 2.1 Sujeitos de Justificação e o Espaço de Razões. 2.2 Reciprocidade e Generalidade. 2.3 Justificação enquanto Discurso. 2.4 O Construtivismo e o Problema entre Ser e Dever-Ser. 2.5 A Necessidade Relativa da Normatividade. 3. O Direito à Proporcionalidade. 3.1 Correção, Justificação e Argumentação. 3.2 Integrando Forma e Conteúdo. 3.3 Institucionalizando o Espaço das Razões. 3.4 Justificação Interna e Externa. 3.5 O Problema da Universalidade. 4. Constitucionalismo Discursivo Global. 5. Conclusão.

Abstract

In contrast to descriptive and analytical accounts, I argue in this article for the use of the proportionality test in reasoning about rights as normatively justified, along the lines of Rainer Forst's moral right to justification. I set out here a new theory of the diachronic dimension of proportionality analysis, which is embodied in what I call the proportionality-as-integrity model. My argument explains in detail what a right

to justification means and explores how it relates to the proportionality test. This includes an analysis of how the right's claim to correctness is related to the notions of justification and argumentation. I demonstrate how justification, as an analysis of proportionality, integrates the form and substance of argumentation about rights, thus institutionalizing a space of reasons. I also defend the global validity of the right to justification against claims of cultural relativity and emphasize the discursive nature of constitutionality control. This leads me to support a middle ground between liberalism and communitarianism. Therefore, it is not open to free will whether or not to use proportionality analysis. On the contrary, we must use it because there is a right to proportionality. This, in turn, establishes the right to justification as a robust foundation for global discursive constitutionalism.

Keywords

Right to justification; proportionality; legal argumentation; space of reasons; global discursive constitutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. The Right to Justification. 2.1 Justificatory Beings and the Space of Reasons. 2.2 Reciprocity and Generality. 2.3 Justification qua Discourse. 2.4 Constructivism and the Is-Ought-Problem. 2.5 The Relative Necessity of Normativity. 3. The Right to Proportionality. 3.1 Correctness, Justification, and Argumentation. 3.2 Integrating Form and Substance. 3.3 Institutionalizing the Space of Reasons. 3.4 Internal and External Justification. 3.5 The Universality Problem. 4. Discursive Global Constitutionalism. 5. Conclusion.

Resumen

En contraste con los relatos descriptivos y analíticos, en este artículo defiendo el uso del test de proporcionalidad en el razonamiento de derechos como normativamente justificado, siguiendo la línea del derecho moral a la justificación de Rainer Forst. Establezco aquí una nueva teoría de la dimensión diacrónica del análisis de proporcionalidad, que está incorporada en lo que llamo modelo de proporcionalidad como integridad. Mi argumento explica en detalle lo que significa un derecho a la justificación y explora cómo se relaciona con el test de proporcionalidad. Esto incluye un análisis de cómo la pretensión de corrección del derecho está relacionada con las nociones de justificación y argumentación. Demuestro cómo la justificación, como análisis de proporcionalidad, integra la forma y la sustancia de la argumentación sobre derechos, institucionalizando así un espacio de razones. También defiendo la validez global del derecho a la justificación contra alegaciones de relatividad cultural y enfatizo la naturaleza discursiva del control de constitucionalidad. Esto me lleva a

apoyar un término medio entre el liberalismo y el comunitarismo. Por lo tanto, no está abierto al libre albedrío el empleo o no del análisis de proporcionalidad. Por el contrario, debemos usarlo porque existe un derecho a la proporcionalidad. Esto, a su vez, establece el derecho a la justificación como un fundamento robusto para el constitucionalismo discursivo global.

Palabras clave

Derecho a la justificación; proporcionalidad; argumentación jurídica; espacio de razones; constitucionalismo discursivo global.

Índice

1. Introducción. 2. El Derecho a la Justificación. 2.1 Sujetos de Justificación y el Espacio de Razones. 2.2 Reciprocidad y Generalidad. 2.3 Justificación como Discurso. 2.4 El Constructivismo y el Problema entre Ser y Deber-Ser. 2.5 La Necesidad Relativa de la Normatividad. 3. El Derecho a la Proporcionalidad. 3.1 Corrección, Justificación y Argumentación. 3.2 Integrando Forma y Contenido. 3.3 Institucionalizando el Espacio de las Razones. 3.4 Justificación Interna y externa. 3.5 El Problema de la Universalidad. 4. Constitucionalismo Discursivo Global. 5. Conclusión.

1. Introdução

Entre os problemas mais vitais, tanto na teoria quanto na prática dos direitos humanos, o teste da proporcionalidade ocupa uma posição de destaque. Trata-se de técnica dominante na aplicação de direitos no mundo¹, não se trata apenas de um teste ou de um método entre muitos outros. Ao contrário, a proporcionalidade é o principal meio que permite estruturar processos justificatórios na argumentação sobre direitos com o máximo grau de racionalidade possível². Sua difusão mundial e rápida tornou o teste de proporcionalidade um dos transplantes legais mais bem-sucedidos de todos os tempos³. Diversas abordagens descritivas têm procurado explicar esse desenvolvimento a partir de uma perspectiva sociojurídica ou

¹ Isso é reconhecido, por exemplo, por Kai Moller, que inclui o teste de proporcionalidade nas quatro características centrais do seu modelo global de direitos constitucionais; ver Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2012) 21, 3-15.

² Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press 2012) 167-71.

³ *ibid* 1-3.

histórica⁴. Cohen-Eliya e Porat, por exemplo, associaram esse desenvolvimento a uma “cultura da justificação”. Eles afirmam:

O movimento global em direção à proporcionalidade é [...] um movimento global em direção à justificação [...] A difusão global da proporcionalidade é, portanto, *explicada* pela propagação global de uma *cultura* constitucional que coloca a justificação no seu centro. A proporcionalidade é o dispositivo jurídico central para garantir o florescimento dessa cultura jurídica⁵.

Tais abordagens descritivas associam o avanço do teste da proporcionalidade a meros processos factuais de migração de ideias constitucionais. Em contraste, este trabalho discute a base *normativa* do referido teste. Independentemente se as explicações empíricas da disseminação mundial do teste da proporcionalidade são corretas, eu gostaria de me opor à ideia de que ele foi meramente uma questão de cultura. Essa ideia sugeriria que diferentes culturas podem ter diferentes meios de argumentação sobre direitos (*rights reasoning*). Consequentemente, o “avanço triunfante”⁶ da proporcionalidade teria sido meramente um processo contingente, refletindo uma tradição ou convenção particular e conferindo à proporcionalidade apenas validade relativa⁷. Em última instância, essa linha de pensamento apoiaria teses céticas sobre

⁴ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Doron Kalir tr, Cambridge University Press 2012) 175-210; a genealogia alemã e a difusão internacional também são explicadas por Alec Stone Sweet e Jud Mathews, ‘Proportionality Balancing and Global Constitutionalism’ (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72, 97-159. Carlos Bernal, embora em última instância envolvido em uma justificação normativa da migração da proporcionalidade, distingue e descreve seis movimentos migratórios da proporcionalidade em toda a Europa: Carlos Bernal Pulido, ‘The Migration of Proportionality across Europe’ (2013) 11 *New Zealand Journal of Public and International Law* 483, 489-503. Sobre a migração da proporcionalidade para o Brasil, ver João Andrade Neto, *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer 2018). Para um relato empírico, ver também Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).

⁵ Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, ‘Proportionality and the Culture of Justification’ (2011) 59 *American Journal of Comparative Law* 463, 474, 482 (ênfases acrescentada pelo autor [N.T.]); ver também Moshe Cohen Eliya and Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge University Press 2013); Barak, *Proportionality* (n 4) 458-60; conferir, porém, a alegação de Gardbaum de que a proporcionalidade era contingente mesmo dentro do paradigma da justificação, Stephen Gardbaum, ‘Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge Too Far?’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 222.

⁶ Ver Martin Borowski, ‘Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union’ (2007) 1 *Legisprudence* 197, 210.

⁷ Sobre a noção de validade relativa, ver Robert Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (2017) 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 31, 32. O problema de uma validade meramente relativa da proporcionalidade foi discutido no debate Alexy-Jestaedt sobre a contingência da proporcionalidade: Matthias

a proporcionalidade, que a criticam (em sua forma “ortodoxa”) por ser “apenas um tipo de jargão doutrinário pouco sofisticado sobre direitos”, desprovido de qualquer base filosófica mais profunda⁸. Em amplo contraste com essas ideias de relatividade cultural, eu gostaria de defender a visão de que o vínculo entre proporcionalidade e justificação é mais próximo do que as abordagens descritivas consideram. Meu principal objetivo é fornecer uma justificativa normativa acentuada da proporcionalidade como uma ferramenta analítica universalmente válida na aplicação de direitos.

Uma maneira de abordar esse objetivo seria evidenciar a relação estreita entre a estrutura dos direitos e a proporcionalidade e então estendê-la à noção de justificação. Esse modo poderia continuar considerando que o teste de proporcionalidade incorpora padrões fundamentais de justificação, conferindo à relação entre justificação e proporcionalidade um caráter conceitual, necessário e universal – Robert Alexy tem defendido essa perspectiva⁹. Eu denomino esse caminho como *defesa analítica* de uma validade absoluta da proporcionalidade. Se, por um lado, concordo com essa defesa analítica, por outro, eu gostaria de propor que o argumento para a validade absoluta da proporcionalidade pudesse ser fortalecido por meio da adição de uma *defesa normativa* à defesa analítica, tal como farei aqui.

Meu argumento central para a defesa normativa da validade absoluta da proporcionalidade será o de que esta é uma das regras centrais que estabelecem o espaço de razões^{vii}. A proporcionalidade nos possibilita construir uma base bem fundada e justificada para a aplicação racional dos direitos humanos¹⁰. O fundamento normativo da proporcionalidade se encontra em um direito moral à justificação.

Jestaedt, ‘The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weaknesses’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 159, 172; e a resposta de Alexy: Robert Alexy, ‘Comments and Responses’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 332f; Gardbaum também é a favor da tese da contingência (n 5) 222.

⁸ George Letsas, ‘Rescuing Proportionality’ in Rowan Cruft, SM Liao, and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford University Press 2015) 324.

⁹ Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 36-42.

^{vii} A opção de tradução do original “space of reasons” foi escolhida de acordo com a tradução de Denilson Werle do livro de Rainer Forst, *Justificação e crítica, Perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 5. [N.T.]

¹⁰ Forst refere-se a estas regras, que são conceituadas segundo uma teoria da razão: Rainer Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons: On the Foundation of Morality’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 14.

A fim de explorar essa ideia, vou começar explicando, com mais detalhes, o que significa um direito à justificação (seção II). Em seguida, vou explorar como ele se relaciona ao teste da proporcionalidade (seção III). Isso incluirá uma análise da relação entre a pretensão de correção do direito e as noções de justificação e argumentação. Demonstrarei como justificação, enquanto teste de proporcionalidade, integra tanto a forma quanto a substância da argumentação sobre direitos, portanto institucionalizando o espaço de razões. Partindo da distinção entre justificação interna e externa na argumentação jurídica, também abordarei o problema da universalidade, que consiste em dúvidas sobre a validade global do direito à justificação. Mediante discussão sobre a aplicação dos direitos humanos, eu defendo a validade internacional e transnacional do direito à justificação contra alegações referentes à relatividade cultural. Isso, por sua vez, permitirá que eu defenda o direito à justificação de Forst como um fundamento robusto do constitucionalismo discursivo global (seção IV)¹¹.

2. O direito à justificação

2.1 Sujeitos de justificação^{viii} e o espaço de razões

Rainer Forst desenvolve o direito à justificação como elemento central da justiça:

A base da reivindicação por justiça é a pretensão de ser respeitado como um agente de justificação, ou seja, na sua dignidade de um ser que pode exigir e dar justificação [...]. Defendo a tese de que devemos entender a justiça política e social com base em um único direito - o direito à justificação [...]¹².

¹¹ O teste da proporcionalidade é o meio mais importante no que diz respeito à *aplicação* dos direitos humanos. O direito à justificação também desempenha um papel essencial na justificação da *existência* dos direitos humanos. A presente contribuição diz respeito apenas à relação entre a justificação e a aplicação dos direitos humanos. Eu exploro a relação entre o direito à justificação e a justificação dos direitos humanos em um artigo diferente: Matthias Klatt, Human Rights and the Concept of Law, manuscrito não publicado.

^{viii} A opção de tradução do original “Justificatory Beings” foi escolhida de acordo com a tradução de Denilson Werle do livro de Rainer Forst, *Justificação e crítica, Perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 200. [N.T.]

¹² Rainer Forst, ‘Introduction: The Foundation of Justice’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 2.

Forst baseia o direito à justificação em uma determinada antropologia, caracterizando os seres humanos como animais discursivos e “sujeitos de justificação”¹³. Seres humanos não apenas têm a habilidade de justificar suas próprias crenças e ações oferecendo razões aos demais, eles também veem isso como um dever em certos contextos e esperam que os demais façam o mesmo. As ações e as crenças humanas pretendem necessariamente ser baseadas em razões, o espaço de razões, no entanto, é inevitavelmente social. A pretensão de que as ações de um indivíduo são baseadas em razões é levantada frente a outros seres humanos. Do mesmo modo, exigimos dos outros que suas ações perante nós também se baseiem em razões. As ações que afetam a nós e a nossos interesses legítimos não devem ser arbitrárias. Segundo Forst, o que é justo é atributo daquilo que é justificado.

Sempre que os seres humanos falam ou agem, estão necessariamente falando e agindo dentro de um “jogo de dar e pedir por razões”, no sentido introduzido por Robert Brandom¹⁴. “Todas as legitimações concretas de determinadas relações sociais [estão constantemente sendo] apresentadas, questionadas, revisadas ou rejeitadas [...]”¹⁵. A pragmática normativa de Brandom e a abordagem teórico-discursiva de Forst coincidem plenamente no que diz respeito a isso, vivemos e agimos em uma rede normativa complexa de compromissos e autorizações^{ix} mútuas¹⁶. Um mecanismo central nessa rede de relações normativas é o direito à justificação, que se origina em nosso reconhecimento mútuo de que estamos socialmente situados em “um espaço de justificação”¹⁷.

¹³ *ibid* 1.

¹⁴ Robert B Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (Harvard University Press 2000) 189-96.

¹⁵ Forst, “Introduction” (n 12) 3.

¹⁶ Sobre a pragmática normativa brandomiana e os mecanismos recíprocos de compromissos e autorizações, ver Matthias Klatt, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* (Jörg Rampacher and Neil Mussett trs, Hart Publishing 2008) 117-34.

^{ix} O termo “autorizações” foi aqui preferido para concordar com a maioria das traduções de “entitlement” neste contexto, mas pode ser entendido como “prerrogativa”. [N.T.]

¹⁷ Rainer Forst, “Moral Autonomy and the Autonomy of Morality: Toward a Theory of Normativity after Kant” em Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 59. Cf Sellars’ “logical space of reasons”, Wilfrid Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind* (Harvard University Press 1997) 76.

2.2 Reciprocidade e generalidade

A fim de que as tentativas de justificar uma ação no espaço social de razões sejam bem-sucedidas, não é suficiente apenas apresentar qualquer razão. Um ditador pode ter motivos para empregar medidas opressoras, como preservar sua riqueza pessoal e posição de poder, mas nós não aceitamos que essas medidas sejam justificadas devido a tais razões. É necessário, portanto, fornecer uma teoria normativa capaz de distinguir as razões legítimas das ilegítimas. Forst utiliza dois critérios para isso, a saber, reciprocidade e generalidade. De acordo com o autor, “o próprio direito à justificação recíproca e geral [é] o direito mais básico [...] de ser tratado como um ser que dá e merece razões”¹⁸.

Reciprocidade requer “[...] que a pretensão normativa de validade possa realmente ser mantida reciprocamente (isto é, sem que alguns dos destinatários reivindiquem certos privilégios sobre outros e sem que suas próprias necessidades ou interesses sejam projetados sobre outros)”¹⁹. O critério de generalidade é cumprido se nenhuma objeção de algum afetado for excluída²⁰. Ele exige “que todos os afetados tenham o mesmo direito de exigir justificações”²¹; eles “devem ter chances iguais de prosseguir com suas reivindicações e argumentos”²². Consequentemente, “a ‘comunidade de justificação’ deve ser idêntica à ‘comunidade de validade’”²³. Como a pretensão normativa de validade das normas e ações morais é necessariamente invocada em um âmbito discursivo, o princípio da justificação recíproca e geral torna qualquer justificação um processo discursivo cujos participantes primeiros são aqueles afetados pela norma ou ação em questão²⁴.

¹⁸ Rainer Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) n 43.

¹⁹ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 20.

²⁰ cf *ibid.*

²¹ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 258.

²² Rainer Forst, ‘The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 173f.

²³ *ibid.*

²⁴ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 20.

2.3 Justificação enquanto discurso

A abordagem teórico-discursiva e construtivista da justificação de Forst é contrastada com uma abordagem kantiana²⁵, a qual se concentraria em saber se é possível querer a ação em termos universais, sem contradição, ou se o agente pode querer que cada pessoa decida como na situação em questão²⁶. Em contraste, a teoria de Forst procura trazer Kant “de sua cabeça transcendental para seus pés na sociedade [...]”²⁷. Razões só existem em uma prática de justificação mútua e geral. A prática de apresentar razões [*practice of reasoning*] constitui um espaço de justificação, que não se extrai de um inventário de verdades morais estabelecidas. Pelo contrário, constantemente reatualizamos e validamos novamente nossas razões em práticas concretas de justificação²⁸. Consequentemente, o direito à justificação exige não apenas um teste hipotético, mas um teste real: “em última análise, somente as pessoas afetadas podem realizar elas mesmas a justificação de suas próprias estruturas sociais básicas”²⁹. Dessa forma, Forst associa a teoria crítica às pretensões levantadas pelos participantes em contextos sociais concretos, práticas concretas de justificação nas quais a força do melhor argumento se legitima.

A sustentação de qualquer justificação de normas, ações e crenças em contextos sociais concretos e discursos reais, em vez de um inventário fixo de verdades morais estabelecidas, torna a construção de procedimentos que permitam a justificação recíproca e geral “a primeira tarefa da justiça”³⁰. É por isso que o direito à justificação é tão bem adequado para esclarecer o conceito de democracia deliberativa, a qual institucionaliza uma ordem de razões [*rule of reasons*]. A característica principal da democracia é “uma prática política de argumentação e de troca de razões entre cidadãos livres e iguais [...] Somente aquelas normas, regras ou decisões que de alguma forma resultam de um acordo baseado na razão dos cidadãos são

²⁵ Em sua substituição do método individualista de Kant pela prática intersubjetiva do discurso racional, a visão de Forst é não-Kantiana”. William J Talbot, “The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice” (2013) 123 *Ethics* 750.754.

²⁶ cf Jürgen Habermas, ‘Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification’ in Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen trs, Polity Press 1990) 66f.

²⁷ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

²⁸ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 21-22.

²⁹ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 258f.

³⁰ Rainer Forst, ‘Social Justice, Justification, and Power’ in Rainer Forst, *11ze Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 189.

aceitas como legítimas”³¹. Desse modo, a justificação moral e a justificação política estão integradas entre si³².

2.4 O construtivismo e o problema entre ser e dever-ser

O direito à justificação se apoia em uma base antropológica-existencialista. Sua normatividade deriva, em última instância, do fato de que os seres humanos são seres discursivos. Os seres humanos tanto são capazes de apresentar razões quanto precisam recebê-las. Esse argumento parece ser vulnerável à objeção da falácia naturalista³³. Aquilo que deve ser não pode ser justificado por aquilo que é³⁴. Do simples fato de que os seres humanos se envolvem em uma prática de justificação não se segue que eles devem agir assim. Contudo, esse dever precisa ser justificado se a intenção é que exista um direito à justificação – e não apenas uma prática de justificação. Höffe suscitou essa objeção do problema entre ser e dever-ser contra o direito à justificação³⁵.

Essa objeção, no entanto, procura a fonte da normatividade moral no lugar errado. Ela se baseia na premissa de que o direito à justificação tem que ser justificado externamente, fora de nossas práticas morais. Contudo, o próprio sentido de dar ao direito à justificação uma base construtivista é justificar sua normatividade a partir do interior de nossas práticas, recursivamente, como diz Forst. A fundamentação do direito à justificação se origina da nossa perspectiva interna de participante quando exigimos, imanentemente ao contexto, as condições para satisfazer a pretensão de correção que é invocada em nossas práticas discursivas³⁶.

³¹ Forst, ‘The Rule of Reason of Reason’ (n 22) 155. Para uma visão crítica sobre a tentativa de Forst de explicar a tomada de decisão coletiva em uma democracia em termos do direito individual à justificação, ver Eva Erman, ‘The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice’ (24 May 2012) <<https://ndpr.nd.edu/reviews/the-right-to-justification-elements-of-a-constructivist-theory-of-justice/>> acessado em 17 de janeiro de 2019.

³² cf Rainer Forst, ‘The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 218.

³³ cf GE Moore, *Principia Ethica* (Cambridge University Press 1903) para 10.

³⁴ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (David Fate Norton ed, Oxford University Press 2009) book III, part I, section I.

³⁵ Otfried Höffe, ‘Kant ist kein Frankfurter: Rainer Forst begründet das Recht auf Rechtfertigung, allerdings nicht ganz zureichend’ *Die Zeit* (Hamburg, 1 November 2007) <<https://www.zeit.de/2007/45/ST-Forst>> acessado em 17 de janeiro de 2019.

³⁶ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 19, and n 29.

Essa reconstrução recursiva tem uma consequência muito significativa: a normatividade de nossas justificações discursivas não pode ser separada das práticas de justificação, pois, antes de mais nada, ela surge dessas mesmas práticas. Nós construímos o mundo moral normativo de forma intersubjetiva em nossas práticas. A força vinculante de nossas normas morais é instituída “em virtude do fato de que nenhuma boa razão [...] pode ser invocada contra elas”³⁷. Robert Brandom identificou e explicou esse processo intersubjetivo de estabelecer o mundo normativo enquanto discurso em sua pragmática normativa³⁸. Essa explicação do direito à justificação torna explícito o que está implicitamente presente sempre que pedimos e damos razões uns aos outros. Dessa forma, o direito à justificação depende de nossas práticas sociais de justificação. Esse é um importante afastamento do pensamento kantiano que fundamentaria a normatividade das normas morais somente na pessoa moral do indivíduo e sua reflexão sobre sua própria dignidade. Em contraste com essa “forma monológica”³⁹, o direito à justificação é reconstruído como um processo discursivo intersubjetivo que se ocupa da dignidade de outras pessoas⁴⁰.

Enquanto socialidade, o direito à justificação depende de nossa capacidade de conhecer e reconhecer reciprocamente uns aos outros como sujeitos de justificação:

Os seres humanos se reconhecem reciprocamente como membros da comunidade moral de justificação que inclui todos os seres humanos [...], como seres autônomos e responsáveis, dotados de razão, que são membros de um espaço compartilhado (e comumente construído) de razões justificativas⁴¹.

Conhecer e reconhecer são atos cognitivos e volitivos pelos quais entramos no espaço das razões de forma espontânea e por nós mesmos. O direito à justificação depende de nossa disposição de querer que tanto nós mesmos quanto os outros sejamos criaturas discursivas. Por isso, ele depende de decisões existencialistas sobre nossas identidades, de atos construtivos de autointerpretação e autoformação.

³⁷ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 50 (ênfases incluídas pelo autor [N.T.]).

³⁸ Robert B Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (Harvard University Press 1998) 3-66; cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22.

³⁹ Erman (n 31) 2.

⁴⁰ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

⁴¹ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 37f. Cf Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 5, 50-55, 243-53.

Essa dependência da normatividade na socialidade e na decisão existencialista, entretanto, não implica que a normatividade possa ser reduzida a fatos sociais, como supõe a objeção da falácia naturalista. A normatividade é criada no espaço social, mas não se reduz a meros consensos intersubjetivos. Ao contrário, o que está sendo criado no espaço social de razões é um status normativo distinto.

Assim, embora a normatividade de qualquer justificação exista apenas no consenso alcançado nas práticas sociais, não é verdade que o mero consenso seja suficiente, como a objeção da falácia naturalista é propensa a argumentar. O consenso *de facto* bruto não é o critério final das pretensões normativas legítimas. Se fosse de outra forma, a característica distintiva da normatividade, ou seja, sua superveniência antirreducionista, seria perdida⁴². O consenso “deve ser tal que possa obter o apoio de pessoas livres e iguais”⁴³. Dessa forma, a validade das normas morais, embora fundada nas pretensões de fato feitas pelos atores sociais em contextos concretos, ainda está ligada a uma teoria habermasiana de pressupostos contrafactuais e ideais do discurso racional⁴⁴. A normatividade apresenta uma natureza dupla, compreendendo tanto uma dimensão real, factual e social quanto ideal.

A pragmática normativa brandomiana pode ajudar a trazer à luz a diferença decisiva entre uma mera validade de fato e uma autêntica validade moral fundamentada na prática social. Brandom mostra que normas morais são produtos de nossas atitudes práticas normativas, as quais são expressas por meio de nossas ações sempre que impomos significados normativos e os reconhecemos em nossas práticas de avaliação⁴⁵. Atitudes normativas sancionam os comportamentos como corretos ou incorretos. Sancionar, no entanto, não pode ser algo entendido como uma reação puramente factual, já que pode ser algo feito de forma correta ou incorreta⁴⁶. As sanções e as atitudes normativas não podem ser reconstruídas em termos puramente naturalistas. Brandom esclarece esse problema ao cogitar uma comunidade arcaica na qual uma norma prática válida exige que todos exibam uma folha de um determinado tipo

⁴² Sobre a superveniência antirreducionista como condição de normatividade, ver Matthias Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 98f.

⁴³ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

⁴⁴ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 259, n 39.

⁴⁵ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 49; cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22. Sobre a relevância do reconhecimento recíproco por meio de atitudes normativas compartilhadas em um espaço social, ver Robert Brandom, ‘A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges’ Chain Novel’ em Graham Hubbs (ed), *Pragmatism, Law, and Language* (Routledge 2014) 26-30.

⁴⁶ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 36.

de árvore sempre que entrarem em uma cabana específica. Qualquer violação dessa norma é punida [*santioned*]^x pela recusa da admissão na cabana e pelo espancamento do transgressor com gravetos. Embora essa punição [*sanction*] possa ser totalmente descrita em termos não-normativos, isso não é verdadeiro para uma resposta de avaliação diferente: a sanção também pode consistir em tornar outras ações inapropriadas, por exemplo, recusando a permissão para participar do festival semanal:

Nesse caso, o significado normativo da transgressão é especificado em termos normativos (do que é apropriado, [ou seja] do que o transgressor tem direito a fazer). A punição por violação de uma norma é uma alteração em outros *status* normativos. Agir incorretamente altera quais outros comportamentos são corretos ou incorretos⁴⁷.

O ponto decisivo aqui é que as atitudes normativas relativas a um tipo de status normativo (por exemplo, a correção da entrada na cabana) são explicitadas por sanções normativas internas que são interpretadas em termos de outro tipo de status normativo (por exemplo, a correção da presença no festival). Esses tipos de sanções normativas internas são passíveis de especificação apenas em termos normativos⁴⁸. Como resultado, a normatividade é instituída pela prática social⁴⁹, ela é “gerada por um procedimento de justificação discursivo que confere às normas razões que não podem ser rejeitadas”⁵⁰. Sem o reconhecimento prático dos participantes no jogo de dar e pedir por razões, os comportamentos não teriam nenhuma propriedade normativa⁵¹. Os comportamentos só podem ser reconstruídos como corretos ou incorretos por referência à sua avaliação como tal pelos participantes de uma prática na qual as normas estão implícitas.

A racionalidade prática é, portanto, socializada, ela continua sendo “uma instituição especificamente humana que se funda sobre a prática dos seres humanos,

^x A expressão “sancionar” é usada em um duplo sentido em partes diferentes do texto. Em um primeiro sentido, ela faz referência ao ato de avaliar, julgar. Em um segundo sentido, ela faz referência ao ato de punir, castigar. Quando aparece no primeiro sentido, optou-se por manter uma tradução literal. Quando aparece no segundo, foram utilizadas expressões não literais que traduzem de forma mais clara o sentido expressado. [N.T.]

⁴⁷ *ibid* 43.

⁴⁸ *ibid* 44.

⁴⁹ cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 122.

⁵⁰ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 51.

⁵¹ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 63.

em função mútua do status de pessoas morais [...]”⁵². As atitudes prático-normativas dos participantes, que reconhecem os significados normativos das ações, têm uma estrutura social. Qualquer descrição de normatividade, assim, deve incluir regularidades na conduta e disposições. No entanto, o argumento de Brandom sobre a normatividade continua a ser de natureza não-reducionista, já que as regularidades das disposições normativas não fazem parte do que está sendo reivindicado pelas normas, e o normativo não se reduz à disposição⁵³. Dessa forma, a regularidade se torna uma condição necessária, mas não suficiente para a normatividade, a qual depende da socialidade; ela é instituída socialmente, logo, sem disposições sociais não pode haver normatividade. Ainda assim, o normativo não deve ser confundido com a mera regularidade social das disposições normativas⁵⁴. O ponto decisivo no contexto atual é que se a mera conformidade não pode constituir a correção, então a objeção da falácia naturalista está equivocada.

2.5 A necessidade relativa da normatividade

Em contraste com o argumento de Forst, eu gostaria de salientar que o direito à justificação é relativizado pela fundamentação da racionalidade prática na realidade social dos seres humanos de se reconhecerem mutuamente como sujeitos de justificação e de aderirem à força do melhor argumento. Ele é relativizado a uma determinada prática, a saber, a prática de dar e pedir razões. A necessidade de normatividade não é absoluta, mas relativa à nossa prática discursiva como sujeitos de justificação⁵⁵, pois depende de nossas decisões existenciais de aceitar uns aos outros como pessoas discursivas competentes para afirmar, questionar e argumentar⁵⁶.

⁵² Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 60 (ênfases do autor [N.T.]).

⁵³ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 46.

⁵⁴ *ibid* 37-42.

⁵⁵ Para o conceito de necessidade relativa, de necessidade “dentro de qualquer esquema conceitual que adotamos ou usamos”, ver HP Grice and PF Strawson, ‘In Defense of a Dogma’ (1956) 65 *The Philosophical Review* 141, 157f.

⁵⁶ cf Robert Alexy, ‘Menschenrechte ohne Metaphysik?’ (2004) 52 *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 15, 24; Robert Alexy, ‘Law, Morality, and the Existence of Human Rights’ (2012) 25 *Ratio Juris* 2, 11; Robert Alexy, ‘Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion’ in Aulis Aarnio e outros (eds), *On Coherence Theory of Law* (Juristförlaget 1998) 43. Sobre a relevância da decisão para justificar a normatividade, ver Robert Alexy, ‘Normativity, Metaphysics and Decision’ em Stefano Bertera and George Pavlakos (eds), *New Essays on the Normativity of Law* (Hart Publishing 2011) 226-28; para uma crítica semelhante, ver Fernando S Millier, ‘Justifying the Right to Justification: An Analysis of Rainer Forst’s Constructivist Theory of Justice’ (2013) 39 *Philosophy & Social Criticism* 1049, 1053-56, 1062-66.

Essa relativização do direito à justificação significa que sua justificação é, em última análise, pouco convincente? Penso que não. A necessidade relativa da justificação significa que esta está condicionada ao jogo de dar e exigir razões. Não se trata de condição muito exigente, por conseguinte, a relativização não é um problema com o qual devemos nos preocupar muito. Além disso, é apenas de caráter externo. Do ponto de vista interno do participante, a necessidade de normatividade permanece absoluta⁵⁷. Ademais, como o direito à justificação é um elemento necessário de qualquer conceito de discurso racional, e como a hipótese de renunciar completamente à ideia de discurso racional não é uma proposta muito tentadora, essa relativização dificilmente seria um grande problema. De todo modo, qualquer tentativa de *argumentar* a favor de tal hipótese é uma *contradictio in adiecto*.

3. O direito à proporcionalidade

Devemos a Mattias Kumm a ideia sobre a relação entre o direito à justificação e o teste da proporcionalidade. Em seu trabalho apresentado na obra *Institutionalized Reason*, ele observou que o controle de constitucionalidade, com a ajuda do teste de proporcionalidade, pode ser interpretado como a tentativa de institucionalizar um direito à justificação⁵⁸. “Tanto a estrutura quanto o escopo dos direitos que Alexy defende se encaixam perfeitamente na função de fornecer um teste a ser usado para estabelecer se as ações das autoridades públicas são ou não justificáveis em termos que a parte afetada possa razoavelmente aceitar”⁵⁹. Alexy destacou especificamente esse ponto em sua resposta⁶⁰. Cada direito fundamental inclui um direito à justificação. Segue-se que o controle de constitucionalidade pode ser considerado como a institucionalização de um direito à justificação.

O teste da proporcionalidade traduz o direito à justificação na prática constitucional. No entanto, podemos perguntar como exatamente a relação entre o direito à justificação e o teste da proporcionalidade pode ser reconstruída. A fim de explorar o problema dessa relação em detalhes, primeiramente eu vou esclarecer o elo entre

⁵⁷ cf Robert Alexy, ‘Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori’ em Robert Alexy e outros (eds), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie* (Nomos 2002) 201.

⁵⁸ Mattias Kumm, ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 213-17; cf Aharon Barak, *Proportionality* (n 4) 458-60.

⁵⁹ Kumm, ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ (n 58) 214.

⁶⁰ Alexy, ‘Comments and Responses’ (n 7) 340.

correção, justificação e argumentação (subseção 1). Em segundo lugar, vou demonstrar que a proporcionalidade integra a forma e a substância da justificação (subseção 2). Essa análise implicará, em terceiro lugar, na institucionalização do espaço de razões no direito constitucional (subseção 3), o que, em quarto lugar, permite tanto a justificação interna quanto externa na argumentação sobre direitos (subseção 4). Em quinto lugar, abordarei o problema da universalidade da proporcionalidade em um mundo culturalmente diverso (subseção 5).

3.1 Correção, justificação e argumentação

O teste da proporcionalidade é o meio central para estabelecer se as restrições nos direitos humanos são justificadas. É o principal instrumento para avaliar se o dever do Estado de “justificar suas decisões àqueles que [...] se queixam” foi cumprido⁶¹. O teste da proporcionalidade é um elemento da argumentação jurídica utilizado no contexto de justificar decisões em casos sobre direitos. É importante notar a diferença essencial entre o problema normativo da justificação e o problema empírico de declarar as causas para a gênese ou descoberta de uma decisão jurídica⁶². Justificar uma decisão é um exercício argumentativo, enquanto descobri-la é uma atividade mental. Apesar do fato de existirem muitas relações entre essas duas atividades, a teoria da argumentação jurídica foca no problema da justificação. Em contraste com a descoberta de uma decisão jurídica, o uso público da razão no exercício argumentativo pode ser testado intersubjetivamente. A qualidade do processo de justificação é totalmente independente das verdadeiras causas empíricas de uma decisão. As más motivações não desqualificam os bons argumentos, e as motivações aceitáveis não transformam argumentos errados em verdadeiros argumentos⁶³.

Com base nesse entendimento normativo do contexto da justificação, a análise da proporcionalidade enfrenta os desafios da incomensurabilidade e da necessidade de juízos de valor e ponderação⁶⁴. Muitos autores afirmam que, à luz desses desa-

⁶¹ Alon Harel, *Why Law Matters* (Oxford University Press 2014) 8.

⁶² Sobre o contexto da justificação em contraste com o contexto da descoberta, ver Richard A Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (Stanford University Press 1961) 25-31; Jerzy Wróblewski, ‘Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision’ (1974) 5 *Rechtstheorie* 33, 35-37; Hans-Joachim Koch and Helmut Rießmann, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (C.H. Beck 1982) 115-18; Bernhard Schlink, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft* (1980) 19 *Der Staat* 73, 87-91.

⁶³ cf Koch and Rießmann (n 62) 1, 116.

⁶⁴ cf Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 3, 49-73.

fios, seria impossível uma justificação racional das decisões jurídicas em casos de direitos. Para Habermas, “a atribuição de pesos ocorre de forma arbitrária ou irrefletida, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras”⁶⁵. Em uma abordagem semelhante, Schlink critica a ponderação por ser decisionista⁶⁶, e tanto Somek como Poscher reconduzem, de forma bastante contundente, a ponderação a preconceitos intuitivizados⁶⁷. O cerne comum dessas abordagens céticas é que proposições de ponderação não seriam intersubjetivamente testáveis, ainda que talvez pudessem ser explicadas em termos sociológicos ou psicológicos. Essa conclusão teria consequências devastadoras tanto para a legitimidade da tomada de decisões judiciais quanto para o caráter científico da dogmática jurídica orientada normativamente, ainda que os céticos raramente reconheçam estas consequências.

Em profundo contraste com esses pontos de vista céticos, a abordagem teórico-discursiva da argumentação referente a direitos que eu sigo neste artigo destaca que a pedra de toque de qualquer análise racional da argumentação jurídica é a pretensão de correção do direito⁶⁸. A justificação das proposições utilizadas na argumentação sobre direitos está necessariamente ligada ao conceito de correção, porque o que é justificável é correto. A pretensão de correção é fundamental para reconstruir a relação entre proporcionalidade e justificação⁶⁹ e representa a estrutura teórica da argumentação abrangente na qual a relação entre proporcionalidade e justificação deve ser reconstruída.

As proposições jurídicas e suas razões necessariamente reivindicam ser corretas. Qualquer afirmação sobre o direito contém necessariamente um compromisso discursivo no sentido de Brandom de que o julgamento seja substancial

⁶⁵ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg tr, MIT Press 1996) 259.

⁶⁶ Bernhard Schlink, ‘Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion’ (1984) 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 457,462.

⁶⁷ Alexander Somek, *Rechtliches Wissen* (Suhrkamp 2006) 135; Ralf Poscher, ‘The Principles Theory: How Many Theories and What Is Their Merit?’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 241.

⁶⁸ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Neil MacCormick and Ruth Adler trs, Oxford University Press 1989) 214; Matthias Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 5f, 15f.

⁶⁹ cf. TRS Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ in Grant Huscroft, Bradley W Miller, and Gregoire CN Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge University Press 2014) 205: ‘Em virtude de a justiça consistir na regulamentação *correta* de determinadas questões ou na solução de controvérsias de acordo com os princípios morais aplicáveis, ela invoca a noção de proporcionalidade’ (ênfase do autor).

procedimentalmente correto⁷⁰. Esse compromisso discursivo de correção tem três elementos⁷¹. O primeiro é a afirmação de correção. Uma vez que a correção implica justificabilidade, essa afirmação é acompanhada de uma pretensão de justificação. A argumentação jurídica é um jogo de dar e exigir razões no sentido da pragmática normativa brandomiana⁷². Portanto, como terceiro elemento da pretensão de correção, toda afirmação sobre o direito implica a expectativa de que sua correção será aceita por outros. É fácil ver como isso se relaciona com o direito de Forst à justificação, o qual diz respeito ao segundo elemento da pretensão de correção, a pretensão de justificabilidade. Os dois se encaixam perfeitamente entre si. Além disso, há uma observação ainda mais importante: a pretensão de correção é mais fundamental do que o direito à justificação, porque esta é apenas um elemento do conceito mais amplo de correção no direito.

Dizer que a justificação está inserida no contexto mais amplo da pretensão de correção do direito ainda não diz nada sobre os critérios de correção. A abertura destes é uma condição para a validade geral da pretensão de correção em todos os sistemas jurídicos e áreas do direito⁷³. Sistemas jurídicos diferentes têm critérios de correção diferentes e, mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, podem ser aplicados critérios diferentes de correção, por exemplo, para os atos institucionais diversos, como leis, atos administrativos e decisões dos tribunais.

A questão decisiva é se, para toda essa diversidade, existe algo em comum que possa justificar a universalidade da pretensão de correção no direito. O direito à justificação de Rainer Forst opera com dois critérios, generalidade e reciprocidade. Os três elementos da pretensão de correção do direito preenchem esses critérios. Eles endossam a generalidade porque, no jogo de dar e exigir razões, qualquer pessoa tem o direito de levantar objeções contra uma alegada pretensão de correção, qualquer pessoa pode apresentar argumentos que questionam o direito da que levantou essa reivindicação sobre um ato institucional específico.

De acordo com as regras do discurso prático geral, nenhuma pretensão de correção alegada é sacrossanta. “Todos podem problematizar qualquer afirmação”⁷⁴.

⁷⁰ Robert Alexy, ‘Law and Correctness’ (1998) 51 *Current Legal Problems* 205, 208; Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 157; Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 127-29; cf Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 5f, 12f, 15f.

⁷¹ Alexy, ‘Law and Correctness’ (n 70) 208.

⁷² Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22; Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 20.

⁷³ Alexy, ‘Law and Correctness’ (n 70) 209.

⁷⁴ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 193.

Se alguém desafiar uma afirmação, o orador deve dar razões para o que está sendo alegado, de acordo com a regra geral de justificação⁷⁵. Isso ocorre porque a pretensão de correção implica a pretensão de justificabilidade, que vincula normativamente o orador a expor as razões. Tal contexto favorece a reciprocidade do processo discursivo, uma vez que impede qualquer privilégio para falantes específicos. A reciprocidade também é assegurada pela regra do discurso prático geral, segundo a qual nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos discursivos por qualquer tipo de coerção⁷⁶. Por último, a expectativa normativa de que os destinatários aceitarão a correção de um ato institucional também salienta a orientação recíproca de qualquer alegação. A pretensão de correção, tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico, tem caráter geral e recíproco, ajusta-se perfeitamente aos dois critérios do direito à justificação.

O argumento acima demonstra que, embora os critérios específicos de correção possam ser diferentes em contextos variados, em sistemas jurídicos distintos ou mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, os elementos que são constitutivos do fato de que, se esses critérios forem cumpridos, então o ato jurídico é correto, são universalmente válidos. Essa validade universal também salienta que a pretensão de correção é fundamental para reconstruir a ligação entre proporcionalidade e justificação. As conexões internas entre correção, justificação e argumentação fornecem uma base sólida para a possibilidade de justificar racionalmente as proposições jurídicas utilizadas na análise da proporcionalidade. A integração entre proporcionalidade e argumentação confere ao teste da proporcionalidade, como tal, seu caráter absoluto⁷⁷.

3.2 Integrando forma e conteúdo

O fato de o direito à justificação estar inserido em uma pretensão teórico-jurídica mais ampla de correção também abre caminho para algumas críticas à perspectiva de Forst. Isso porque a correção é um conceito mais complexo e exigente do que os critérios de reciprocidade e generalidade indicam⁷⁸, os quais são condições

⁷⁵ *ibid* 192.

⁷⁶ *cf.* *ibid* 193.

⁷⁷ Alexy, 'The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights' (n 7) 39. A validade dessa afirmação depende de uma segunda tese, a saber, que não existe nenhuma forma alternativa de argumentação que seja mais racional que o teste da proporcionalidade.

⁷⁸ *cf.* Talbott (n 25) 754.

necessárias para a correção das declarações jurídicas – mas não são condições suficientes, como afirma Forst. A pretensão de correção abrange tanto a correção formal quanto material, tanto as regras formais do discurso quanto o conteúdo da justificação. Em contraste, o direito à justificação de Forst parece estar limitado apenas às exigências formais da reciprocidade e da generalidade. Sendo assim, os aspectos materiais da justificação devem ser adicionados à sua teoria a fim de atender completamente à pretensão de correção que contempla a correção material, determinada principalmente pelos direitos humanos. Em vista disso, os direitos humanos devem ser adicionados à reciprocidade e generalidade como um critério adicional para determinar o direito à justificação.

De fato, o próprio Forst reconhece que uma teoria sobre a justiça não pode ser puramente procedimental. Ele caracteriza o direito à justificação como um “direito moral individual substantivo”⁷⁹. Essa caracterização, no entanto, é equivocada. É mais preciso descrever o direito humano à justificação como um direito humano formal, já que prescreve uma forma específica de discurso jurídico, o de dar e exigir razões. Ainda assim, isso não torna toda a teoria puramente formal, porque o direito formal à justificação está necessariamente relacionado a considerações materiais de justiça – as últimas são simplesmente os objetos da primeira.

A integração entre a forma e o conteúdo da justificação pode ser demonstrada com a ajuda de três elementos distintos. Em primeiro lugar, é vital observar que a pretensão de correção e o direito à justificação pressupõem alguns, embora não todos, direitos humanos materiais. O discurso justificador racional pressupõe, por exemplo, a liberdade de expressão e de informação. Esses direitos humanos materiais limitam significativamente o processo democrático⁸⁰. Ainda mais importante é o fato de esses direitos humanos materiais não se somarem artificialmente ao direito à justificação⁸¹. Antes, decorrem diretamente da ideia de um discurso livre e racional como condição necessária de qualquer prática geral e recíproca de justificação. Em segundo lugar, o conteúdo da justificação é parte integrante do direito à justificação, na medida em que os dois critérios de reciprocidade e generalidade permitem distinguir os melhores dos piores argumentos. A “força crítica desses requisitos” para classificar a qualidade material dos argumentos é uma implicação

⁷⁹ Forst, ‘Introduction’ (n 12) 5.

⁸⁰ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 185; Joshua Cohen, ‘Procedure and Substance in Deliberative Democracy’ in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (MIT Press 1997) 415.

⁸¹ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 185.

substantiva do direito à justificação⁸². Em terceiro lugar, o conteúdo da justificação é necessariamente introduzido no discurso quando uma comunidade política se propõe a estabelecer sua estrutura social básica. Esse processo é necessariamente uma construção coletiva, interna e discursiva na prática intersubjetiva, em vez de um acesso cognitivo a alguns princípios externos de justiça ou verdades jusnaturalistas. Nenhuma comunidade política pode evitar esse processo construtivo, já que “não há ‘derivações’ externas que possam superar a construção”⁸³.

Consequentemente, o construtivismo moral é uma parte necessária do construtivismo político e, portanto, este não pode ser separado daquele⁸⁴. Essa é a razão pela qual a argumentação sobre direitos enquanto discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral⁸⁵. As conexões internas entre o construtivismo moral e político, o discurso jurídico e o prático geral, trazem uma integração intrínseca entre a forma e o conteúdo da justificação:

o direito à justificação pode sempre assumir a forma de uma objeção ou argumento substantivo, bem como a forma procedimental de demanda dos discursos de justificação [...] cria-se assim um contexto geral recursivo e reflexivo, que supera velhas divisões entre abordagens procedimentais e materiais não apenas na filosofia moral, mas também na teoria democrática⁸⁶.

Tudo isso soa muito familiar a qualquer pessoa que esteja por dentro do debate sobre o teste da proporcionalidade, a qual também é acusada de ser puramente formal e de tentar evitar discussões materiais de justiça. De fato, o teste da proporcionalidade representa perfeitamente a natureza dual da justiça e a integração entre forma e conteúdo na argumentação sobre direitos⁸⁷.

⁸² cf Forst, ‘Introduction’ (n 12) 6.

⁸³ *ibid* 7.

⁸⁴ *ibid* 6.

⁸⁵ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 212-20; Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4f, 14. Para uma discussão crítica, ver Habermas, *Between Facts and Norms* (n 65) 204,206, 233 ff; Klaus Günther, ‘Critical Remarks on Robert Alexy’s Special Case Thesis’ (1993) 6 *Ratio Juris* 143. Para as replicas de Alexy, ver Robert Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (1999) 12 *Ratio Juris* 374; Robert Alexy, ‘Justification and Application of Norms’ (1993) 6 *Ratio Juris* 157. Ver também, George Pavlakos, ‘The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law’ (1998) 11 *Ratio Juris* 126; Ingrid Dwers, *application Discourse and the Special Case Thesis* (1992) 5 *Ratio Juris* 67.

⁸⁶ Forst, ‘Introduction’ (n 12) 7.

⁸⁷ Veja abaixo, Seção III. 4 Justificação Interna e Externa.

Que o direito à justificação implica alguns direitos humanos, mas não todos, indica que o direito à justificação não é uma base suficiente para justificar a existência de todos os direitos humanos. Esse é um argumento forte contra o reconhecimento de uma prioridade analítica do direito à justificação. É mais convincente reconstruir a relação derivada entre os direitos humanos e o direito à justificação, de tal forma que os direitos humanos materiais sejam analiticamente anteriores. Estes precisam ser institucionalizados e aplicados corretamente, e essa correção implica um direito à justificação, que, por sua vez, implica um direito à proporcionalidade. Este, por outro lado, exige uma argumentação com o conteúdo material dos direitos humanos. Dessa forma, o círculo analítico é fechado: começa e termina com direitos humanos materiais e tem dois elementos formais – o direito à justificação e o direito à proporcionalidade – no meio. Os quatro elementos não são separados uns dos outros, mas, sim, unidos com fortes vínculos necessários. Além disso, fica claro que o direito à justificação funciona como um conceito normativo conector: ele faz a ponte da passagem dos direitos humanos à proporcionalidade.

3.3 Institucionalizando o espaço das razões

É importante notar que nem a pretensão de correção nem o direito à justificação dizem nada sobre os objetos da correção e justificação, os quais têm que ser estabelecidos separadamente. No caso dos direitos, eles decorrem da estrutura dos próprios direitos, que nos diz que os objetos de justificação são três: primeiro, a existência de um direito com escopo específico; segundo, a existência de uma restrição do direito; e terceiro, a justificação da restrição.

O teste da proporcionalidade diz respeito ao terceiro elemento. Ele é o principal instrumento para estabelecer se as ações das autoridades públicas são ou não restrições justificadas. O que Forst diz sobre justiça transnacional também é verdade para a justiça dentro de uma ordem jurídica estatal: a tarefa teórica das instituições é estabelecer estruturas de justificação suficientes que sirvam para perceber a força que vai na direção do melhor argumento. Logo, nenhum aspecto relevante permanece oculto atrás de um véu de não justificação. Essas estruturas são provisões discursivas a fim de se caminhar para níveis mais elevados de argumentação sobre direitos⁸⁸. O teste da proporcionalidade é simplesmente uma dessas estruturas e pro-

⁸⁸ Rainer Forst, 'Dialektik der Moral: Grundlagen einer Diskurstheorie Transnationaler Gerechtigkeit' in Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (Suhrkamp 2007) 355f. Cito aqui a edição em alemão porque a tradução em inglês perde as partes relevantes para o meu argumento.

visões, ele cumpre todas as funções que acabamos de mencionar, aumentando, assim, a transparência, a abrangência e a qualidade geral do raciocínio⁸⁹.

Em um nível ainda mais básico, o teste da proporcionalidade pode ser interpretado como uma regra formal que serve para estabelecer o espaço de razões que é habitado conjuntamente pelos seres humanos como sujeitos de justificação⁹⁰. Dessa forma, o teste da proporcionalidade não é uma característica específica da argumentação sobre direitos, mas carrega características mais fundamentais de uma prática compartilhada de argumentação em geral. Como Forst adequadamente colocou:

Uma ação [...] intencional pode ser caracterizada como racionalmente fundamentada se a deliberação prática que a conduz for orientada para regras específicas que se referem tanto à consideração dos fins quanto à escolha dos meios⁹¹.

A proporcionalidade é precisamente uma regra específica nesse sentido⁹². O espaço de razões operado por meio do teste da proporcionalidade é necessariamente um espaço sem fim – discurso nunca chega a um final definitivo; a justificação é potencialmente infinita. Eu rotulo isso como a *dimensão diacrônica* do direito à justificação⁹³. Ronald Dworkin sugeriu, de forma proeminente, reconstruir o desenvolvimento do direito por analogia à escrita de um romance em cadeia⁹⁴. Minha sugestão é que essa metáfora não se aplica apenas à interpretação das regras, mas também aos princípios por meio da análise da proporcionalidade⁹⁵. Cada juiz herda um corpus composto de aplicações anteriores do teste da proporcionalidade, que foram feitas por outros juízes ou doutrinadores da área jurídica. A nova decisão

⁸⁹ Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 167-71.

⁹⁰ Forst, 'Practical Reason and Justifying Reasons' (n 10) 14.

⁹¹ *ibid.*

⁹² cf. a caracterização da proporcionalidade de Kumm como estabelecendo "um teste da razão pública": Matthias Kumm, 'Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution' em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 65.

⁹³ Um argumento semelhante pode ser encontrado em Brandom. 'A Hegelian Model of Legal Concept Determination' (n 45) 31; Alexy, 'Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion' (n 56) 48f.

⁹⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Fontana 1986) 228-38.

⁹⁵ Sobre a distinção teórica entre regras e princípios e os métodos jurídicos relacionados de subsunção e equilíbrio, ver Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption' (2003) 16 *Ratio Juris* 433. cf Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 7f, 19-21.

tomada pelo juiz visa ampliar esse corpus e se encaixar na cadeia de forma a “tornar o trabalho mais significativo ou melhor”⁹⁶.

Os juízes que decidem casos referentes a direitos operam com base em um romance em cadeia contendo respostas *prima facie* a perguntas como: “Que interesse público conta como um objetivo legítimo?”, “Que tipo de meio é adequado para fomentar um objetivo?” etc. Provavelmente a parte mais importante da dimensão diacrônica do direito à proporcionalidade são os romances em cadeia sobre o resultado de exercícios de ponderação anteriores, ou seja, as relações de preferência condicional entre direitos fundamentais colidentes e outros princípios constitucionais⁹⁷. Isso não significa que o juiz não poderia divergir, modificar ou reescrever as respostas dadas anteriormente a esse tipo de pergunta por outros juízes. Entretanto, significa que algum tipo de estrutura de defeito e contestação (*default-and-challenge*) é um lugar que confere considerável segurança jurídica à análise da proporcionalidade. Ela torna o direito previsível até certo ponto e transfere o ônus argumentativo para qualquer proposta que queira contestar as respostas⁹⁸.

Seguindo o modelo normativo de pontuação deontico (*deontic-scorekeeping model*) de Brandom, as respostas específicas às perguntas do teste da proporcionalidade são consideradas como tendo uma preferência *prima facie*. É exatamente isso que está por trás da afirmação de Alexy de que a proporcionalidade “se apoia em um fundamento maciço de casos esclarecidos”⁹⁹. Para qualquer uma dessas propostas padrão sobre a proporcionalidade, é verdade o que Forst enfatiza para interpretações de direitos fundamentais em geral: “[nenh]uma das formulações ou interpretações de direitos básicos é ‘absoluta’; no entanto, o limiar justificativo de destrinchá-los e criticá-los é alto”¹⁰⁰. O status *prima facie* pode ser contestado por questionamentos, mas estes devem ser novamente fundamentados. Ao tomar uma decisão sobre qualquer um dos quatro elementos da proporcionalidade, um juiz assume um compromisso normativo, de acordo com a pretensão implícita de

⁹⁶ Dworkin (n 94) 233.

⁹⁷ Sobre as relações de preferência condicional entre princípios constitucionais, ver Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, Oxford University Press 2002) 50-54. A natureza diacrônica desses processos judiciais se assemelha aos processos de contestação e deliberação que levam a um acordo constitucional específico, que Benhabib qualificou como “processos democráticos iterativos”: Seyla Benhabib (ed), *Another Cosmopolitanism* (Oxford University Press 2006) 45-80.

⁹⁸ Sobre o conceito da estrutura de “default-and-challenge”, ver: Klatt, *Making the Law Explicit* (n16) 149f, 217.

⁹⁹ Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 47.

¹⁰⁰ Rainer Forst, ‘The Justification of Basic Rights: A Discourse-Theoretical Approach’ (2016) 45(3) *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 7, 22.

correção. Esse novo compromisso é encaixado em uma “constelação de compromissos anteriores”, por meio de um “processo de integração racional sequencial”, instituindo, assim, “status normativos de autoridade e responsabilidade de acordo com o modelo de reconhecimento recíproco”¹⁰¹.

Dessa forma, ao longo do tempo, aplicações sucessivas da análise da proporcionalidade criam uma especificação evolutiva dos direitos fundamentais¹⁰². A dimensão diacrônica do direito à justificação leva a cadeias de argumentos, e qualquer conexão dessas cadeias pode ser tomada como uma nova afirmação inicial, que novamente pode ser contestada por contra-argumentos, dando início a uma nova cadeia de argumentos. Desse modo, conjuntos de argumentos evoluem na interação discursiva de dar e exigir razões, os quais têm características importantes: ao contrário do que afirma Raz¹⁰³, eles têm que ser consistentes, abrangentes e conectados. Segue-se que “o conceito de justificação [...] implica o cerne do conceito de coerência”¹⁰⁴. A conexão necessária entre justificação e coerência estabelece outra relação importante entre justificação, correção e proporcionalidade: esta é o melhor instrumento de justificação para promover a coerência na argumentação sobre direitos e, com isso, o princípio da coerência constitucional exige a aplicação do teste da proporcionalidade.

3.4 Justificação interna e externa

O direito à justificação integra a forma e a substância do discurso justificador¹⁰⁵. Nada demonstra melhor essa integração do que o teste da proporcionalidade – seus quatro elementos permitem justificações recíprocas e gerais na argumentação sobre direitos. Estudos recentes sobre a proporcionalidade introduziram a distinção entre a justificação interna e a externa¹⁰⁶. O teste da proporcionalidade *per se* fornece

¹⁰¹ Bandom, ‘A Hegelian Model of Legal Concept Determination’ (n 45) 33.

¹⁰² Julian Rivers, ‘The Presumption of Proportionality’ (2014) 77 *The Modern Law Review* 409, 409f.

¹⁰³ Joseph Raz, ‘The Relevance of Coherence’ (1992) 72 *Boston University Law Review* 273.

¹⁰⁴ Alexy, ‘Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion’ (n 56) 44.

¹⁰⁵ Ver acima, Seção III. 2 Integrando Forma e Conteúdo.

¹⁰⁶ Matthias Klatt e Johannes Schmidt, ‘Epistemic Discretion in Constitutional Law’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 69, 74; Matthias Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 891; Matthias Klatt and Moritz Meister, ‘Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 687; Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2).

uma estrutura formal, um conjunto de cinco perguntas que devem ser respondidas a fim de se desenvolver decisões corretas em casos referentes a direitos. Destaca-se que qualquer decisão jurídica que siga essa estrutura, colocando e respondendo a tais questionamentos, é justificada internamente. Muitos doutrinadores, entretanto, confundem o teste da proporcionalidade com a pura formalidade¹⁰⁷. Luc Tremblay, por exemplo, argumenta que “para fins de controle de constitucionalidade, os juízes não precisam postular a validade ou a verdade de uma teoria material [...] e não precisam usar o processo de interpretação constitucional para esse fim”¹⁰⁸.

O argumento normativo da proporcionalidade de Tremblay se resume a uma tese do alívio: o teste da proporcionalidade, em sua visão, oferece aos juízes alívio do ônus de se engajar em suposições normativas de abrangência ampla: “os juízes podem evitar quase todos os problemas epistemológicos e normativos difíceis [...] e os tribunais não são obrigados a impor certas visões materiais controversas de moral, política ou filosofia”¹⁰⁹. Usando a ponderação, os juízes poderiam, assim Tremblay espera, escapar da inclinação escorregadia de argumentos morais materiais e politicamente contestados.

A tese do alívio representa um mal-entendido comumente aceito sobre o teste da proporcionalidade, o qual alega que ele seria puramente formal¹¹⁰. No entanto, o teste da proporcionalidade não é desvinculado de uma argumentação material. Qualquer decisão de um caso referente a direitos deve empregar uma teoria geral da argumentação jurídica. Em sua forma mais desenvolvida, o teste da proporcionalidade e a ponderação são complementadas por uma teoria discursiva da argumentação jurídica¹¹¹. A aplicação de direitos é um exercício argumentativo que

¹⁰⁷ cf. Letsas que afirma que “a compreensão ortodoxa da proporcionalidade como doutrina de direitos humanos é vazia”: Letsas (n 8) 340 (grifos do autor). O equívoco oposto (interpretar a proporcionalidade como ‘raciocínio moral sem restrições’) está igualmente presente na literatura, ver Francisco J Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press 2017) 9, 198ff.

¹⁰⁸ Luc B Tremblay, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 864, 869. Eu apresentei o argumento seguinte, anteriormente, em Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay’ (n 106).

¹⁰⁹ Tremblay (n 108) 23.

¹¹⁰ Gregoire CN Webber, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 179, 191; Stavros Tsakyrakis, ‘Proportionality: An Assault on Human Rights?’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 468, 474. Para uma resposta a esse argumento, ver Klatt and Meister, ‘Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the “ICon Controversy”’ (n 106) 694f. Para uma discussão detalhada sobre o impacto da moral na ponderação, ver Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 51-56.

¹¹¹ cf. Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68).

requer argumentos materiais¹¹². De acordo com a tese de caso especial, o discurso jurídico o é quanto ao discurso prático geral¹¹³. Portanto, “a ponderação é uma instância de raciocínio moral”¹¹⁴. Ao determinar os graus de satisfação e não satisfação dos princípios em colisão, de acordo com a lei da ponderação, os juízes têm que se engajar em considerações morais e políticas controversas¹¹⁵.

A formalidade e a neutralidade material da proporcionalidade vai somente até a sua estrutura formal, da mesma forma que o silogismo jurídico é formal e neutro. No entanto, a pretensão de correção e o direito à justificação exigem mais do que pura formalidade¹¹⁶. Essa é a razão pela qual qualquer decisão de um caso referente a direitos também deve ser externamente justificada, além de internamente justificada. Juízes devem justificar externamente que, por exemplo, a intensidade de uma interferência em um direito era severa ou que o peso de um princípio concorrente era leve. Tais avaliações só podem ser justificadas externamente por meio de argumentação prática e argumentos materiais¹¹⁷. Em sua consideração da moralidade política material, a ponderação dos princípios jurídicos na análise da proporcionalidade se assemelha muito ao processo justificativo do “direito como integridade” de acordo com a teoria interpretativa de Dworkin¹¹⁸. Eu denomino isso como *proporcionalidade como modelo de integridade*.

¹¹² cf. Virgílio Afonso da Silva, ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 273, 288.

¹¹³ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 212-20; Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4-5, 14. Para uma discussão crítica da tese de caso especial, ver Habermas, *Between Facts and Norms* (n 65) 204; Günther (n 85). Para as respostas de Alexy, ver Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (n 85); Alexy, ‘Justification and Application of Norms’ (n 85). Ver também Pavlakos (n 85); Dwars (n 85).

¹¹⁴ Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 53.

¹¹⁵ Afonso da Silva (n 112) 288.

¹¹⁶ cf. Dimitrios Kyritsis, ‘Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine’ (2014) 34 Oxford Journal of Legal Studies 395,414: ‘Formal rationality will not do’.

¹¹⁷ cf. Mattias Kumm, ‘Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirements’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007) 148f; Mattias Kumm, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’ (2004) 2 International Journal of Constitutional Law 574, 575. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n 97) 105; Robert Alexy, ‘Thirteen Replies’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007) 344; ver também TRS Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford University Press 2001) 315; Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69); Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69) 233.

¹¹⁸ cf. Dworkin (n 94) 225-75. Cf. Kumm, ‘Constitutional Rights as Principles’ (n 117) 575: ‘[...] tal perspectiva estrutural é compatível com o tipo de fortes compromissos materiais que caracterizam as teorias normativas [...]’.

Essa perspectiva integrativa do discurso moral e jurídico recebeu críticas. Foi contestado que ela transformaria a ponderação em um “microcosmo de todas as discordâncias encontradas dentro da filosofia política contemporânea”¹¹⁹. Eu aceito essa descrição até o ponto que decorre da primeira parte da tese de caso especial, a qual afirma que a argumentação jurídica é um tipo de argumentação prática geral¹²⁰. Na medida em que a ponderação enquanto argumentação jurídica é um tipo de argumentação moral, ela herda necessariamente o desacordo racional e a falta de segurança epistêmica da argumentação moral. No entanto, a perspectiva integrativa da argumentação de direitos que quero defender não confunde de forma alguma a argumentação moral com a jurídica. Pelo contrário, reconhece que o discurso jurídico não visa responder a questões práticas em um sentido geral ou absoluto, mas, sim, no contexto de um sistema jurídico específico. Esse contexto impõe restrições ao discurso prático, por meio de normas vinculantes, precedentes e doutrina¹²¹. É, portanto, vital notar que a proporcionalidade como modelo de integridade não conduz a “raciocínios morais irrestritos”¹²². Contrariamente, a tese do caso especial reconhece as limitações decorrentes da natureza autoritativa-institucional do direito. A proporcionalidade, embora dependendo da argumentação moral, não sucumbe à política (*politics*)^{xi} ou à moralidade pessoal. A combinação desses elementos autoritativos com os elementos ideais e críticos do discurso jurídico é melhor capturada na tese de que a argumentação jurídica tem uma dupla natureza¹²³. A objecção de uma suposta confusão entre discurso moral e jurídico é errada, porque ignora o carácter institucional e autoritativo da argumentação referente a direitos.

Compreendida no sentido da tese da dupla natureza, a relação entre o discurso moral e o jurídico é inevitável. Tremblay sugere que “nenhum tribunal deve ler uma constituição em termos que tomem partido em questões materiais fundamentais controversas”¹²⁴. Em contraste, a dupla natureza da análise da proporcionalidade insiste que os juízes não podem limitar-se a um tratamento puramente formal e igualitário dos conflitos de direitos. Ao decidir casos de direitos com base na

¹¹⁹ Tremblay (n 108) 16.

¹²⁰ Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (n 85).

¹²¹ Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4f, 14.

¹²² Urbina (n 107) 9, 198ff.

^{xi} O termo ‘politics’, aqui, não se refere à política em um sentido mais amplo de convivência social, mas ao sentido ideológico de visões específicas de mundo. [N.T.]

¹²³ Matthias Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ in ET Feteris and others (eds), *Legal Argumentation and the Rule of Law* (Eleven International Publishing 2016) 31, 35f.

¹²⁴ Tremblay (n 108) 18.

proporcionalidade e ponderação, eles estabelecem uma relação condicional de preferência entre os interesses colidentes, declarando qual é o princípio que prevalece no caso concreto. Isso equivale, inevitavelmente, a tomar posições.

A ponderação, última etapa do teste da proporcionalidade, pode ser caracterizada como uma relação de herança entre as premissas e a conclusão. O resultado da ponderação herdará todas as incertezas e incongruências daquelas controversas proposições materiais, políticas e morais que são utilizadas como premissas normativas na aplicação da lei da ponderação. É precisamente devido a essa relação de herança que a tese do alívio de Tremblay é pouco convincente.

Dois pontos adicionais são dignos de menção. Primeiro, a justificação externa no teste da proporcionalidade não deve ser confundida com fornecer um juízo epistêmico objetivo sobre alguma verdade moral ou política eterna¹²⁵. Pelo contrário, a proporcionalidade e a justificação têm natureza discursiva. Em última análise, decidimos sobre a correção de proposições constitucionais nas nossas práticas concretas de justificação, as quais, por meio do teste da proporcionalidade, nunca chegam a um fim definitivo¹²⁶, essa é a dimensão diacrônica do teste da proporcionalidade¹²⁷.

Em segundo lugar, uma das objeções mais frequentes contra a perspectiva teórico-principlológica da proporcionalidade e contra a teoria da ponderação é que não foi fornecida uma teoria sobre a justificação externa nem foi respondida a questão quanto aos critérios de relevância moral nesse processo¹²⁸. Essa objeção só é verdadeira caso se procurem esses critérios na teoria dos direitos fundamentais, desconsiderando a teoria da argumentação jurídica. Como afirmei em outro lugar, a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica se complementam¹²⁹. Esta última fornece um aporte teórico-discursivo detalhado da argumentação moral e jurídica¹³⁰.

¹²⁵ cf. Forst, 'Practical Reason and Justifying Reasons' (n 10) 21f.

¹²⁶ cf. Forst, 'The Rule of Reasons' (n 22) 185; cf Klatt, 'The Rule of Dual-Natured Law' (n 123) 41.

¹²⁷ Ver página 119 acima.

¹²⁸ Urbina (n 107) 27.

¹²⁹ Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 18-21.

¹³⁰ cf. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n 97) 386f.

3.5 O problema da universalidade

O fato de a justificação externa ser, ao mesmo tempo, necessária e externa ao teste da proporcionalidade *per se* tem consequências muito relevantes para o problema da universalidade da proporcionalidade. Se o teste da proporcionalidade é o principal critério para restrições justificadas dos direitos humanos, surge a importante questão se a validade desse critério se limita ao quadro particular de sistemas legais específicos ou se é um critério universal aplicável em escala global. Isso é altamente contestado¹³¹. Se a proporcionalidade é um elemento considerável do constitucionalismo global, como já afirmei, sua universalidade precisa ser defendida¹³².

Eu gostaria de defender que a distinção entre a justificação interna e a externa leva a uma solução clara para esse enigma, podendo explicar por que e em que medida a proporcionalidade pode ser, ao mesmo tempo, universalmente válida e aberta a variações culturais. A justificativa interna, enquanto estrutura formal, é de aplicação universal e culturalmente neutra. A estrutura da justificação interna, enquanto análise da proporcionalidade, decorre da conexão necessária entre os princípios e a proporcionalidade¹³³. A justificação externa, entretanto, é culturalmente sensível e admite diferentes perspectivas culturais sobre o que, por exemplo, conta como um objetivo legítimo ou o que equivale a uma restrição séria. A justificação externa, no teste da proporcionalidade, explica por que ela é tão excepcionalmente adequada para ser aplicada em diversos contextos sociais e jurídicos concretos. O conceito de justificação externa destaca que a proporcionalidade é capaz de fazer “justiça à pluralidade de valores éticos e às diversas esferas e comunidades sociais”¹³⁴.

¹³¹ Veja a exigência de Barak de que “devemos assegurar que a construção jurídica da proporcionalidade permita a compreensão de várias e conflitantes teorias sociais”, uma exigência que pressupõe a possibilidade de fazê-lo: Aharon Barak, ‘A Research Agenda for the Future’, em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proporcionalidade: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 335. Ver também João Andrade Neto, ‘The Debatable Universality of the Proportionality Test and the Wide-Scope Conception of Fundamental Rights’ (2016) 12(1) *Revista Brasileira de Direito* 4; Urbina (n 107) 8.

¹³² Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 1-4, 171; Matthias Klatt e Moritz Meister, ‘A Proporcionalidade como Princípio Constitucional Universal’ (2015) 1 *Revista Publicum* 30; Matthias Klatt and Moritz Meister, ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ em Matthias Klatt (ed), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung* (Mohr Siebeck 2013) 104. Para uma visão crítica do ‘constitucionalismo fundacional’ além do Estado, ver Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford University Press 2010) 27-68; Martin Loughlin, ‘What Is Constitutionalization?’ in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press 2010); Dieter Grimm, ‘The Constitution in the Process of Denationalization’ (2005) 12 *Constellations* 447.

¹³³ Alexy discute este ponto como “o caráter absoluto do princípio da proporcionalidade”, ver Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 36f.

¹³⁴ cf. Forst, ‘Introduction’ (n 12) 7.

No entanto, equiparar justificação interna com universalidade e justificação externa com particularismo seria um retrato muito superficial. Se, além da justificação interna, houvesse apenas relatividade cultural, a proporcionalidade só poderia ser universal em um sentido muito fraco. No entanto, a integração entre justificação externa na análise da proporcionalidade, por um lado, e argumentação racional, por outro, permite proposições universalmente válidas também na justificação externa. A distinção entre o discursivamente necessário, impossível e possível é fundamental aqui. O escopo da diversidade cultural particularista se estende até onde é discursivamente possível, consistindo em áreas nas quais duas proposições normativas incompatíveis podem ser justificadas sem violar nenhuma das regras do discurso racional¹³⁵. Isso pode ser chamado de dimensão relativa da proporcionalidade. No entanto, o escopo da possibilidade discursiva é limitado, várias proposições normativas são “estritamente necessárias” ou “completamente excluídas” pelas regras do discurso racional¹³⁶. São essas proposições discursivamente necessárias e impossíveis que representam a dimensão absoluta da proporcionalidade no âmbito da justificação externa¹³⁷. Por consequência, a universalidade do teste da proporcionalidade está presente não apenas na justificação interna, mas também, em certa medida, na justificação externa.

A proporcionalidade como um parâmetro geral de racionalidade jurídica compartilha essa conciliação tão importante do universalismo e do particularismo com o direito moral à justificação. Tanto o direito à justificação quanto a proporcionalidade são normas universalmente válidas, que são não-rejeitáveis. Ao mesmo tempo, porém, permanecem culturalmente sensíveis e aplicáveis a casos e contextos particulares¹³⁸. A justificação enquanto proporcionalidade enseja uma estrutura universal de justiça capaz de articular uma grande diversidade de discursos de direitos. A justificação externa necessária para qualquer análise de proporcionalidade tem um caráter socialmente relativo, e a justificação externa da proporcionalidade é sensível ao pluralismo das diferentes concepções específicas e locais de justiça¹³⁹.

¹³⁵ cf. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 207.

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ cf. Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 45f.

¹³⁸ Forst, ‘The Basic Right to Justification’ (n 32) 204.

¹³⁹ cf. Forst, ‘Introduction’ (n 12) 8.

Ainda assim, um crítico pode objetar que a universalidade da proporcionalidade está limitada a uma certa compreensão dos direitos, ou seja, à visão que interpreta os direitos como princípios e estes como mandamentos de otimização. Poderíamos chamar isso de objeção da dependência. A proporcionalidade dependeria de uma compreensão específica dos direitos – e, portanto, não seria aplicável em sistemas jurídicos que adotam diferentes concepções de direitos. Vale ressaltar que essa objeção contesta a universalidade da justificação interna da proporcionalidade em vez de contestar apenas a sua justificação externa. A objeção da dependência, entretanto, está equivocada, porque qualquer concepção alternativa de direitos pode ser demonstrada como incluída no modelo de otimização ou como sendo menos convincente. Isso é verdade, em particular, nas tentativas das mais importantes concepções de direitos discutidas como alternativas ao modelo de otimização, ou seja, direitos como trunfos, direitos como restrições deontológicas e direitos absolutos. A proporcionalidade é capaz de reconstruir os efeitos de trunfo e o caráter absoluto dos direitos a um grau suficiente¹⁴⁰. A noção de restrições deontológicas, por outro lado, desde que possa ser racionalmente justificada, pode ser considerada na justificação externa, quando se limita aos argumentos consequencialistas. A objeção da dependência, por conseguinte, não contesta com sucesso a universalidade da justificação interna da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um instrumento essencial para integrar o construtivismo moral e o construtivismo jurídico, em conformidade com a tese de caso especial e a dupla natureza do direito. Os direitos que os sujeitos morais podem alegar e justificar como direitos morais “só podem ser concretamente justificados, interpretados, institucionalizados e realizados em contextos sociais, ou seja, somente dentro de uma ordem política legalmente constituída”¹⁴¹. Isso é precisamente o que o teste da proporcionalidade nos permite alcançar. A proporcionalidade fornece uma estrutura universal para uma pluralidade de moralidades internas, deixando aos participantes de cada contexto social ou cultural específico a determinação de quais razões materiais são adequadas ou quais violações podem ser justificadas¹⁴². O fato de o teste da proporcionalidade ser, ao mesmo tempo, um elemento universal e necessário na argumentação sobre direitos e sensível a circunstâncias concretas e contextos culturais explica por que ele nos permite ir “além do viés particularista e

¹⁴⁰ cf. Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 23-44.

¹⁴¹ Forst, ‘The Basic Right to Justification’ (n 32) 218.

¹⁴² cf. *ibid* 212.

do globalismo indiferente ao contexto¹⁴³. O teste da proporcionalidade proporciona a melhor combinação de características universais monistas e relativas contextualistas de justificação¹⁴⁴. É precisamente essa capacidade de conciliar universalismo e particularismo que torna o referido teste tão bem adaptado como um elemento do constitucionalismo global¹⁴⁵.

Sua capacidade específica de conciliar universalismo e particularismo, por sua vez, pode explicar o sucesso fático da proporcionalidade, sua difusão mundial e seu triunfante avanço como um transplante jurídico¹⁴⁶. Sob essa perspectiva, o teste de proporcionalidade pode ser caracterizado como um exemplo nuclear da jurisprudência^{xiii} integrativa, ou seja, de uma concepção do direito que combina as perspectivas analítico-normativa e histórica ou sócio-científica¹⁴⁷. A integração entre as perspectivas do observador e do participante desdobra a plena dinâmica da justificação inerente à análise da proporcionalidade e enfatiza que esta representa a gramática normativa mais profunda da justiça constitucional¹⁴⁸. Mais importante ainda, a perspectiva integrativa enfatiza que tanto o direito à justificação quanto a análise da proporcionalidade não são apenas uma quimera racionalista, mas ideias poderosas que são eficazes no mundo real¹⁴⁹.

4. Constitucionalismo discursivo global

O constitucionalismo discursivo é uma teoria que integra os quatro elementos dos direitos fundamentais, o teste da proporcionalidade, o controle de constitucionalidade e a justificação enquanto discurso¹⁵⁰. O constitucionalismo discursivo

¹⁴³ cf. *ibid* 228.

¹⁴⁴ *ibid* 227.

¹⁴⁵ Klatt and Meister, 'Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip' (n 132); Klatt and Meister, 'Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy' (n 106).

¹⁴⁶ Sobre isso, ver acima, Seção I, Introdução.

^{xiii} O termo jurisprudence corresponde no contexto jurídico brasileiro a 'ciência do direito' ou ainda a 'teoria do direito'. Ainda assim, optou-se pela tradução mais literal do termo. [N.T.]

¹⁴⁷ Sobre o conceito de jurisprudência integrativa, ver Matthias Klatt, 'Integrative Rechtswissenschaft: Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts' (2015) 54 *Der Staat* 469.

¹⁴⁸ Para um argumento semelhante, ver Forst, Introduction (n 12) 3.

¹⁴⁹ cf. *ibid*.

¹⁵⁰ cf. Robert Alexy, 'Balancing, Constitutional Review, and Representation' (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 572.

institucionaliza o direito moral à justificação em uma forma específica de democracia deliberativa que permite práticas de justificação recíprocas e gerais. Ele fornece a melhor referência para a reconstrução do Estado de direito como ordem da razão, de acordo com a dupla natureza da argumentação jurídica, que integra elementos factuais e normativos¹⁵¹. O constitucionalismo discursivo é o que melhor explica a “argumentatividade da prática jurídica”¹⁵². Isso, por sua vez, permite constituir uma forma legítima de constitucionalismo global¹⁵³.

O direito à justificação proporciona um meio-termo entre liberalismo e comunitarianismo, oferecendo “uma melhor combinação de componentes morais universais e éticos políticos particulares do ethos da democracia”¹⁵⁴. Esse meio-termo, por sua vez, é de vital importância para uma perspectiva híbrida do constitucionalismo global, que une as ideias liberais dos valores fundamentais universais com virtudes republicanas de deliberação, contestação e participação¹⁵⁵.

O teste da proporcionalidade é instrumento-chave para alcançar essa unificação¹⁵⁶. Alguns doutrinadores afirmaram que o crescimento da proporcionalidade como padrão geral de racionalidade havia separado a normatividade do direito constitucional de suas origens locais. Somek acha que a constituição “não está mais firmemente ligada à história de uma determinada comunidade” e culpa a proeminência da proporcionalidade por isso¹⁵⁷. A dimensão real do constitucionalismo discursivo desmente essa afirmação¹⁵⁸, pois está de acordo com a dupla natureza da argumentação jurídica e molda a justificação externa da análise de proporcionalidade. Dessa forma, e ao contrário da afirmação de Somek, permite dar o devido peso a considerações autoritativas, reais e relacionadas à comunidade¹⁵⁹.

¹⁵¹ Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ (n 123) 31; cf C Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (2016) 5 Global Constitutionalism 173,177.

¹⁵² John Finnis, ‘On Reason and Authority in “Law’s Empire”’ (1987) 6 Law and Philosophy 357,358.

¹⁵³ Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 189-92.

¹⁵⁴ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 179.

¹⁵⁵ MacAmhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 192-95, 205.

¹⁵⁶ Sobre o desafio de combinar unidade e totalidade com variedade e pluralismo em um sentido kantiano, ver Arthur Ripstein, ‘Reclaiming Proportionality’ (2017) 34 Journal of Applied Philosophy 1, 11.

¹⁵⁷ Alexander Samek, ‘The Cosmopolitan Constitution’ in Miguel Maduro, Kaarlo Tuori, and Suvi Sankari (eds), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking* (Cambridge University Press 2014) 105.

¹⁵⁸ O constitucionalismo “emerge de uma série de convergentes” práticas jurídicas, ver Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 190.

¹⁵⁹ Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ (n 123) 31-36; ver também Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 189.

O controle da proporcionalidade por meio do controle de constitucionalidade exercido por um tribunal constitucional é elemento central de um modelo de constitucionalismo discursivo que institucionaliza adequadamente o direito à justificação¹⁶⁰. Isso se deve ao fato de que todo direito fundamental é “um interesse humano básico de importância suficiente para que qualquer limitação do mesmo por uma autoridade pública justifique a verificação formal da correção por um tribunal”¹⁶¹. O direito à justificação exige uma forma de jurisdição constitucional que controla se os critérios de reciprocidade e generalidade foram satisfeitos¹⁶². O controle de constitucionalidade “requer deliberação sobre a justificabilidade da decisão à luz das circunstâncias específicas”¹⁶³ e “concede aos titulares de direitos uma oportunidade de participar de uma argumentação ou deliberação baseada em direitos”¹⁶⁴.

A natureza discursiva do controle de constitucionalidade, no entanto, não esgota seu caráter. Há também um elemento institucional ou de autoridade, pois o controle de constitucionalidade normalmente envolve a competência de um tribunal constitucional para invalidar uma legislação inconstitucional¹⁶⁵. O controle de constitucionalidade tem uma dupla natureza, consistindo tanto em dimensão ideal ou discursiva quanto em dimensão real ou autoritativa. A dimensão real é igualmente importante: ao contrário do que Somek afirma nos termos de Luhmann, a dimensão real do constitucionalismo põe um fim à “apreciação indefinida da racionalidade do sistema”¹⁶⁶.

É essencial dar a competência de controle sobre questões de direitos a um tribunal constitucional, e não apenas a alguma câmara especial do legislativo ou outra autoridade. Não é suficiente seguir a interpretação de Kyritsis sobre o direito à justificação e limitar seu impacto à participação em processos democráticos de

¹⁶⁰ cf. Robert Alexy, ‘Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat’ in S Gosepath and G Lohmann (eds), *Philosophie der Menschenrechte* (Suhrkamp 1998) 262-64. Cf Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69) 210: “Embora a implementação judicial dos direitos fundamentais imponha limites significativos ao escopo da tomada de decisões legislativas e governamentais, ela oferece uma garantia necessária de autonomia individual. As liberdades de expressão, consciência e associação são ingredientes básicos de qualquer política democrática liberal; a proteção judicial de seus requisitos essenciais salvaguarda a independência moral dos cidadãos, assegurando sua contínua capacidade de desafiar o exercício do poder”.

¹⁶¹ Rivers (n 102) 432; ver também Vicki C Jackson, ‘Proportionality and Equality’ em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 174.

¹⁶² Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 182.

¹⁶³ Harel (n 61) 206.

¹⁶⁴ *ibid* 209.

¹⁶⁵ Alexy, ‘Balancing, Constitutional Review, and Representation’ (n 150) 578.

¹⁶⁶ Somek, ‘The Cosmopolitan Constitution’ (n 157) 100.

estabelecimento de regimes de direitos jurídico-políticos, negando sua relevância para o foro judicial¹⁶⁷. Somente o foro judicial garantirá uma concepção verdadeiramente discursiva da autoridade como uma prática de apresentação de razões¹⁶⁸; somente os tribunais são capazes de acrescentar razão à vontade de forma duradoura, de complementar “um mero ato da vontade, acrescentando-lhe razões”¹⁶⁹. Justifica-se atribuir aos juízes essa tarefa central porque “somente encaixando o direito legislado intencional em uma estrutura assim mais ampla de “razão” é que ele se torna plenamente correto, ou seja, com autoridade”¹⁷⁰. Somente no foro judicial é possível compreender se os atos de uma autoridade realmente possuem ou não a “potencialidade de elaboração fundamentada”, o que os torna “dignos de aceitação”¹⁷¹.

Segundo a crítica, esse conceito de controle de constitucionalidade consiste em transformar a democracia em “juristocracia”¹⁷². Há dois elementos de crítica envolvidos nessa objeção. O primeiro é a alegação de que o controle de constitucionalidade *per se* viola o princípio da democracia¹⁷³. Vale notar que tal objeção não só não aborda, como não desqualifica a concepção plena de democracia, a qual aceita a sua dupla natureza, como, por exemplo, a democracia deliberativa¹⁷⁴.

A segunda objeção dessa crítica suscita preocupações sobre competência. Qualquer consideração sobre a relação entre justificação e proporcionalidade estaria incompleta se não tratasse da questão da competência, a qual é devida a um conflito entre princípios formais. As constituições modernas buscam proteger a competência do legislador democraticamente eleito, mas também se preocupam em

¹⁶⁷ cf. Dimitrios Kyritsis, *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review* (Oxford University Press 2017) 65.

¹⁶⁸ David Dyzenhaus, ‘Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power’ (2012) 1 *Global Constitutionalism* 229, 258.

¹⁶⁹ Carl J Friedrich, Authority, Reason, and Discretion’ in Carl J Friedrich (ed), *Authority* (Harvard University Press 1958) 30.

¹⁷⁰ *ibid* 31.

¹⁷¹ *ibid* 35.

¹⁷² Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004); Jeremy Waldron, ‘A Right-Based Critique of Constitutional Rights’ (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 42; Katharine G Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford University Press 2012) 134; Ernst-Wolfgang Bockenforde, ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwertigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ in Ernst-Wolfgang Bockenforde (ed), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Suhrkamp 1991) 190.

¹⁷³ Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ (2006) 115 *Yale Law Journal* 1346, 1353.

¹⁷⁴ Matthias Klatt, ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (2015) 13 *International Journal of Constitutional Law* 354, 374-76; Alexy, ‘Balancing, Constitutional Review, and Representation’ (n 150) 579.

proteger direitos por meio de uma competência de controle exercida pelos tribunais. Ambas as competências são princípios constitucionais e devem ser realizadas na maior medida possível.

Nas considerações teóricas sobre os princípios do controle de constitucionalidade que defendi¹⁷⁵, a pergunta não é se o judiciário deve determinar o âmbito de proteção definitivo dos direitos ou, alternativamente, se essa é a tarefa do legislador. O problema do controle de constitucionalidade não é uma questão de um ou de outro, mas uma questão de grau. Se o problema institucional da justiça constitucional é um conflito de princípios formais, e não de regras, então a solução não deve ser encontrada por interpretação de normas de competência nem por meio de relações de preferência incondicionais. Ao contrário, um procedimento de ponderação tem que ser empregado.

Muitos doutrinadores visam a algum tipo de exercício de ponderação em abstrato que estabeleça uma relação de preferência incondicional entre as competências colidentes. Esse é o caso de todas as propostas que sugerem uma intensidade fixa de controle no teste da proporcionalidade. Dixon, por exemplo, propôs um regime geral de revisão fraca por meio do diálogo¹⁷⁶. Harel, em contraste, argumenta a favor do que ele chama de “controle de constitucionalidade restrito”, que aplica um grau moderado ou intermediário de controle a todos os casos. Tais soluções incondicionais para o problema de competência têm uma grande vantagem: institucionalizam melhor o princípio da segurança jurídica. Todos os participantes do sistema jurídico poderão determinar previamente a intensidade do controle que qualquer autoridade aplicará. Se o princípio da segurança jurídica fosse o único critério que importasse para determinar a intensidade correta do controle, o problema estaria resolvido: teríamos que adotar uma solução incondicional para o problema da competência. No entanto, essa premissa não é verdadeira. Há uma série de princípios diferentes que também influenciam a intensidade correta do controle: as considerações epistêmicas, a intensidade da interferência em um direito humano e a qualidade da decisão primária – para citar apenas alguns deles. Ao contrário do princípio da segurança jurídica, esses critérios adicionais exigem uma abordagem mais flexível. Eles permitem uma solução variável para o problema da competência, ao aplicar intensidades de controle flexíveis

¹⁷⁵ Matthias Klatt, ‘Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts’ (2015) 4 *Global Constitutionalism* 195; Klatt, ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (n 174).

¹⁷⁶ Rosalind Dixon, ‘Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited’ (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 391,393.

que também precisam ser justificadas¹⁷⁷. É preciso salientar que a combinação entre o teste da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade não significa necessariamente, e em todos os casos, uma intensidade de controle rigorosa que anula qualquer deferência. Ao contrário, essa combinação é bem capaz de acomodar toda a gama de intensidades de controle e deferência. Ao ponderar os princípios formais, o problema de competência do controle de constitucionalidade pode ser resolvido em termos constitucionalistas, contrariando o que Somek sustenta¹⁷⁸.

No constitucionalismo discursivo, o direito à justificação não se aplica apenas às questões substanciais de justiça material, mas também às questões institucionais de competência¹⁷⁹. O constitucionalismo discursivo institucionaliza a razão e a correção com respeito tanto à dimensão autoritativa quanto à dimensão substantiva do direito constitucional.

O constitucionalismo discursivo não se limita à esfera do Estado, suas características também são válidas para além do Estado. Em particular, o constitucionalismo discursivo, enquanto constitucionalismo global, permite processos dinâmicos e reflexivos de justificação da legitimidade de uma autoridade na arena internacional¹⁸⁰. Ele pode fornecer orientação normativa por meio do equilíbrio de competências, soberanias e autoridades¹⁸¹.

5. Conclusão

Ao contrário das abordagens descritivas, que explicam a disseminação mundial da proporcionalidade referindo-se a uma cultura de justificação, procurei estabelecer uma base normativa para o teste da proporcionalidade referindo-me a um direito moral à justificação. Essa defesa normativa da proporcionalidade complementa a defesa analítica da Alexy e, assim, reforça o argumento de uma validade

¹⁷⁷ Klatt, 'Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance' (n 174) 364-81; Klatt, 'Balancing Competences' (n 175) 209-17.

¹⁷⁸ De acordo com Somek, o constitucionalismo (na variante particular que ele rotula como "1.0") é "incapaz de chegar a uma resposta conclusiva" para o problema de competência do controle de constitucionalidade: Somek, 'The Cosmopolitan Constitution' (n 157) 97. O modelo de ponderação de competências prova o oposto.

¹⁷⁹ Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 21.

¹⁸⁰ MacAmhlaigh, 'Harmonising Global Constitutionalism' (n 151) 178,194.

¹⁸¹ Klatt, 'Balancing Competences' (n 175); Matthias Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz* (Mohr Siebeck 2014).

absoluta da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que garante uma combinação integradora com propriedades relativas e sensíveis culturalmente da justificação da proporcionalidade.

O direito moral à justificação se apoia na compreensão dos seres humanos como sujeitos de justificação. Baseado nos dois critérios de generalidade e reciprocidade, ele se situa em uma compreensão teórico-discursiva e construtivista a qual enfatiza que as proposições morais devem ser validadas em práticas sociais concretas de justificação. Isso permite uma compreensão da democracia deliberativa como um espaço institucionalizado de razões. A normatividade justificadora ainda depende da socialidade e de uma decisão existencialista, e o direito moral à justificação é relativo à prática de dar e pedir por razões.

O direito moral à justificação é uma parte necessária de qualquer direito fundamental. Essa é a razão pela qual o controle de constitucionalidade, por meio da análise de proporcionalidade, pode ser concebido como institucionalização do direito à justificação. O teste da proporcionalidade nos permite construir aplicações justificadas e racionais dos direitos fundamentais. Tenho me oposto a abordagens céticas, que afirmam que tal aplicação racional é impossível, explorando as relações entrelaçadas entre a pretensão de correção do direito, o direito à justificação e a argumentação discursiva. Em particular, a justificação é um elemento importante da pretensão de correção, e esta última tem um caráter geral e recíproco que se enquadra bem nos dois critérios do direito à justificação. A conexão interna entre correção, justificação e argumentação fornece uma base firme para o caráter absoluto e a validade universal do teste da proporcionalidade.

Ainda assim, a correção é um conceito mais complexo, que exige uma integração entre forma e substância da justificação. O teste da proporcionalidade estabelece um espaço de razões para a argumentação sobre direitos, proporcionando essa integração de acordo com o princípio da coerência. Podemos chamar essa proporcionalidade de integridade, transferindo a teoria interpretativa de Dworkin para o reino dos princípios jurídicos. Como uma estrutura de argumentação, ela serve para realizar a força para o melhor argumento mediante o aumento da transparência, inclusão e qualidade geral da argumentação sobre direitos. Devido à dimensão diacrônica da justificação, a prática argumentativa do teste da proporcionalidade produz um romance em cadeia. Apesar do fato de as modificações de qualquer elemento dessa cadeia serem sempre possíveis, quando surge um argumento melhor, opera uma estrutura de defeito e contestação que permite fortes prerrogativas *prima facie* e, portanto, de segurança jurídica.

A integração vital da justificação interna e externa no teste da proporcionalidade se apoia na dupla natureza do direito. Ela refuta as críticas tanto de muita quanto de pouca moralidade na argumentação sobre direitos. Além disso, ajuda a entender o porquê e até que ponto a proporcionalidade é um princípio absoluto e universalmente válido; é o núcleo universal de toda moralidade interna. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade permanece sensível a um amplo grau de variedade cultural. Assim, ela concilia universalismo e particularismo da melhor maneira possível.

Devido às características particulares explicadas neste capítulo, o teste da proporcionalidade é um elemento importante do constitucionalismo discursivo global. Seu controle, por meio do controle de constitucionalidade, dá origem a problemas institucionais de competência que podem ser resolvidos empregando uma ponderação de princípios formais. O direito à justificação não se refere apenas à correção material, mas também à correção formal de competência e autoridade, tanto dentro como fora do Estado.

Seria errado supor que a combinação entre justificação e proporcionalidade levou apenas a um constitucionalismo escasso, caracterizado por pura formalidade e desprendimento de considerações substanciais de justiça. Essa suposição seria correta se o direito à justificação fosse apenas relacionado à justificação interna da proporcionalidade. Entretanto, o direito à justificação é um conceito amplo que integra tanto a justificação interna quanto externa e engloba toda a gama de elementos factuais, normativos, universais e locais de decisão sobre direitos. Assim, ele estabelece a base para a construção de um constitucionalismo abrangente, propriamente dito. O direito moral à justificação é um fundamento robusto do constitucionalismo discursivo global. Seguindo essa teoria do constitucionalismo discursivo, a pretensão de correção do direito implica uma pretensão de proporcionalidade. O direito à justificação é um direito à proporcionalidade, e o primeiro é a base moral do segundo. O direito à proporcionalidade, por sua vez, é controlado no foro judicial, por meio do controle de constitucionalidade. Portanto, o direito à justificação é o fundamento normativo não só do teste da proporcionalidade, como também do controle de constitucionalidade.

Podemos nos perguntar se a passagem de um direito moral à justificação para a proporcionalidade como princípio jurídico foi bem fundamentada. Algum tipo de mecanismo de conexão parece ser necessário para justificar a passagem do mundo moral para o mundo jurídico, o qual pode ser encontrado nos próprios direitos humanos, porque trazem um impulso inerente ao mundo jurídico: os direitos humanos enquanto direitos morais exigem ser institucionalizados e, por isso, exigem

direitos fundamentais. Estes, por sua vez, pressupõem necessariamente o princípio da proporcionalidade. Desse modo, os direitos humanos, enquanto direitos morais, exigem o princípio da proporcionalidade como princípio jurídico. Direitos fundamentais na qualidade de direitos jurídicos institucionalizam os direitos humanos enquanto direitos morais. E o princípio da proporcionalidade, funcionando como princípio jurídico, institucionaliza o direito moral à justificação. Essa é a mais forte defesa normativa concebível da proporcionalidade.

Referências

Afonso da Silva V, 'Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision' (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies* 273.

Alexy R, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Neil MacCormick and Ruth Adler trs, OUP 1989).

———. 'Justification and Application of Norms' (1993) 6 *Ratio Juris* 157.

———. 'Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion' in Aulis Aarnio and others (eds), *On Coherence Theory of Law* (Juristförlaget 1998).

———. 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte im Demokratischen Verfassungsstaat' in S. Gosepath and G. Lohmann (eds), *Philosophie der Menschenrechte* (Suhrkamp 1998).

———. 'Law and Correctness' (1998) 51 *Current Legal Problems* 205.

———. 'The Special Case Thesis' (1999) 12 *Ratio Juris* 374.

———. *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, OUP 2002).

———. 'Hans Kelsens Begriff des Relativen Apriori' in Robert Alexy and others (eds), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie* (Nomos 2002).

———. 'On Balancing and Subsumption' (2003) 16(4) *Ratio Juris* 433.

———. 'Menschenrechte ohne Metaphysik?' (2004) 52 *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 15.

———. 'Balancing, Constitutional Review, and Representation' (2005) 3(4) *International Journal of Constitutional Law* 572.

——. ‘Thirteen Replies’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007).

——. ‘Normativity, Metaphysics and Decision’ in Stefano Bertea and George Pavlakos (eds), *New Essays on the Normativity of Law* (vol 3, Hart Publishing 2011).

——. ‘Comments and Responses’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

——. ‘Law, Morality, and the Existence of Human Rights’ (2012) 25(1) *Ratio Juris* 2.

——. ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (2017) 37(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 31.

Allan TRS, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (OUP 2001).

——. ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ in Grant Huscroft, Bradley W Miller and Grégoire C N Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge University Press 2014).

Andrade Neto J, ‘The Debatable Universality of the Proportionality Test and the Wide-Scope Conception of Fundamental Rights’ (2016) 12(1) *Revista Brasileira de Direito* 4.

——. *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer 2018).

Barak A, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Doron Kalir tr, Cambridge University Press 2012).

——. ‘A Research Agenda for the Future’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Benhabib S (ed), *Another Cosmopolitanism* (OUP 2006).

Bernal Pulido C, ‘The Migration of Proportionality across Europe’ (2013) 11(3) *New Zealand journal of public and international law* 483.

Böckenförde E-W, ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ in Ernst-Wolfgang Böckenförde (ed), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (vol 953, Suhrkamp 1991).

Borowski M, 'Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union' (2007) 1(2) *Legisprudence* 197.

Brandom RB, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (Harvard University Press 1998).

———. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (Harvard University Press 2000).

———. 'A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel' in Graham Hubbs (ed), *Pragmatism, Law, and Language* (vol 53, Routledge 2014).

Cohen J, 'Procedure and Substance in Deliberative Democracy' in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (MIT Press 1997).

Cohen-Eliya M and Porat I, 'Proportionality and the Culture of Justification' (2011) 59(2) *American Journal of Comparative Law* 463.

———. *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press 2013).

Dixon R, 'Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited' (2007) 5(3) *International Journal of Constitutional Law* 391.

Dwars I, 'Application Discourse and Special Case Thesis' (1992) 5(67-78) *Ratio Juris*.

Dworkin R, *Law's Empire* (Fontana 1986).

Dyzenhaus D, 'Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power' (2012) 1(2) *Global Constitutionalism* 229.

Erman E, 'The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice' (2012) <<http://ndpr.nd.edu/news/31035-the-right-to-justification-elements-of-a-constructivist-theory-of-justice/>> acessado em 14 de março de 2016.

Finnis J, 'On Reason and Authority in "Law's Empire"' (1987) 6(3) *Law and Philosophy* 357.

Forst R, 'Dialektik der Moral: Grundlagen einer Diskurstheorie transnationaler Gerechtigkeit' in Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer Konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (Suhrkamp 2007).

———. 'Introduction: The Foundation of Justice' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Moral Autonomy and the Autonomy of Morality: Toward a Theory of Normativity after Kant' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Practical Reason and Justifying Reasons: On the Foundation of Morality' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Social Justice, Justification, and Power' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Toward a Critical Theory of Transnational Justice' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Justification of Basic Rights: A discourse-theoretical approach' (2016) 45(3) *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 7.

Friedrich CJ, 'Authority, Reason, and Discretion' in Carl J Friedrich (ed), *Authority* (Nomos vol 1, Harvard Univ. Press 1958).

Gardbaum S, 'Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?' in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Grice HP and Strawson PF, 'In Defense of a Dogma' (1956) 65(2) *The Philosophical Review* 141.

Grimm D, 'The Constitution in the Process of Denationalization' (2005) 12(4) *Constellations* 447-463.

Günther K, 'Critical Remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis' (1993) 6 *Ratio Juris* 143.

Habermas J, 'Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification' in Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen trs, Polity Press 1990).

———. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg tr, MIT Press 1996).

Harel A, *Why Law Matters* (OUP 2014).

Hirschl R, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004).

Höffe O, 'Kant ist kein Frankfurter: Rainer Forst begründet das Recht auf Rechtfertigung, allerdings nicht ganz zureichend' *Die Zeit* (1^o de novembro de 2007) <www.zeit.de/2007/45/ST-Forst>.

Hume D, *A Treatise of Human Nature* (David Fate Norton ed, OUP 2009).

Jackson VC, 'Proportionality and Equality' in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Jestaedt M, 'The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weaknesses' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

Klatt M, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* (Hart Publishing 2008).

———. 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

———. 'An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay' (2014) 12(4) *International Journal of Constitutional Law* 891.

——. *Die Praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im Europäischen Grundrechtsschutz (Jus publicum vol 232, Mohr Siebeck 2014).*

——. ‘Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts’ (2015) 4(2) *Global Constitutionalism* 195.

——. ‘Integrative Rechtswissenschaft: Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts’ (2015) 54(4) *Der Staat* 469.

——. ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (2015) 13(2) *International Journal of Constitutional Law* 354.

——. ‘The Rule of Dual-Natured Law’ in E. T Feteris and others (eds), *Legal Argumentation and the Rule of Law* (Eleven International Publishing 2016).

Klatt M and Meister M, ‘Proportionality - A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy’ (2012) 10(3) *International Journal of Constitutional Law* 687.

——. *The Constitutional Structure of Proportionality* (OUP 2012).

——. ‘Verhältnismäßigkeit als Universelles Verfassungsprinzip’ in Matthias Klatt (ed), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung* (Mohr Siebeck 2013).

——. ‘A Proporcionalidade como Princípio Constitucional Universal’ (2015) 1 *Revista Publicum* 30.

Klatt M and Schmidt J, ‘Epistemic Discretion in Constitutional Law’ (2012) 10(1) *International Journal of Constitutional Law* 69.

Koch H-J and Rüßmann H, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, C.H. Beck 1982).

Krisch N, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP 2010).

Kumm M, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’ (2004) 2(3) *International Journal of Constitutional Law* 574.

——. ‘Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirements’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007).

——. ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

——. ‘Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Kyritsis D, ‘Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine’ (2014) 34(2) *Oxford Journal of Legal Studies* 395.

——. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review* (OUP 2017).

Letsas G, ‘Rescuing Proportionality’ in Rowan Cruft, S. M Liao and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (OUP 2015).

Loughlin M, ‘What is Constitutionalization?’ in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (OUP 2010).

Mac Amhlaigh, Cormac ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (2016) 5 *Global Constitutionalism* 173.

Möller K, *The Global Model of Constitutional Rights* (OUP 2012).

Moore GE, *Principia Ethica* (Cambridge University Press 1903).

Müller FS, ‘Justifying the Right to Justification: An Analysis of Rainer Forst’s Constructivist Theory of Justice’ (2013) 39(10) *Philosophy & Social Criticism* 1049.

Pavlakos G, ‘The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law’ (1998) 11(2) *Ratio Juris* 126.

Petersen N, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).

Poscher R, 'The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

Raz J, 'The Relevance of Coherence' (1992) 72 *Boston University Law Review* 273.

Ripstein A, 'Reclaiming Proportionality' (2017) 34(1) *Journal of Applied Philosophy* 1.

Rivers J, 'The Presumption of Proportionality' (2014) 77(3) *The Modern Law Review* 409.

Schlink B, 'Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft' (1980) 19 *Der Staat* 73.

———. 'Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der Klassischen Grundrechtsfunktion' (1984) 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 457-468.

Sellars W, *Empiricism and the Philosophy of Mind* (Harvard University Press 1997).

Somek A, *Rechtliches Wissen* (vol 1802, Suhrkamp 2006).

———. 'The Cosmopolitan Constitution' in Miguel Maduro, Kaarlo Tuori and Suvi Sankari (eds), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking* (Cambridge University Press 2014).

Stone Sweet A and Mathews J, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72.

Talbott WJ, 'The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice' (2013) 123(4) *Ethics* 750.

Tremblay LB, 'An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing' (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 864.

Tsakyrakis S, 'Proportionality: An Assault on Human Rights?' (2009) 7(3) *International Journal of Constitutional Law* 468.

Urbina FJ, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press 2017).

Waldron J, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights' (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18.

———. ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ (2006) 115 Yale Law Journal 1346.

Wasserstrom RA, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (Stanford University Press 1961).

Webber GCN, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 179.

Wróblewski J, ‘Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision’ (1974) 5 *Rechtstheorie* 33.

Young KG, *Constituting Economic and Social Rights* (OUP 2012).



Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo¹

Tutela e valorização dos bens públicos, especialmente do domínio público marítimo

Protection and enhancement of public goods, especially the maritime public domain

Tutela y valorización de los bienes públicos, especialmente del dominio público marítimo

Francesco Manganaro²

Università Mediterranea di Reggio Calabria (Reggio Calabria, Itália)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8782-3696>

E-mail: francesco.manganaro@unirc.it

Riassunto

La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici è una questione antica ma sempre attuale nell'ordinamento italiano, visto che la varia tipologia di essi prevede una disciplina differenziata e la gestione affidata ad enti differenti. Il lavoro, perciò, analizza nella prima parte le questioni attinenti alla distinzione dei beni pubblici, il loro diverso regime giuridico e la relativa tutela giurisdizionale. Nella seconda parte si analizza la disciplina dell'uso per fini turistico - balneari del demanio marittimo, che costituisce una questione molto controversa in quanto la concessione di questi beni ai concessionari non è mai avvenuta con una gara, così come ora invece prevede la disciplina dell'Unione europea in materia di concorrenza. Il conflitto tra l'ordinamento interno e quello europeo ha dato luogo a sentenze contrastanti e sollevato un dibattito non ancora del tutto concluso.

¹ MANGANARO, Francesco. Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 141-169, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a427>.

² Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Presidente dell'Associazione italiana dei professori di Diritto amministrativo (AIPDA).

Parole chiave

Beni pubblici; diritto amministrativo; demanio marittimo; ordinamento italiano; Unione Europea.

Sommario

1. Introduzione. 2. Parte I – La disciplina giuridica dei beni pubblici. 2.1 I beni pubblici nell’ordinamento italiano. 2.2 Acquisto e perdita della demanialità. 2.3 La gestione dei beni pubblici. 2.4 Riparto di competenze nella gestione del demanio pubblico. 2.5 La giurisdizione in materia di concessione di beni pubblici. 3. Parte II - L’uso dei beni del demanio marittimo per fini turistico-balneari. 3.1. Il demanio marittimo tra Codice civile e Codice della navigazione. 3.2 L’esigenza di modifiche normative dopo la direttiva Bolkestein. 3.3 Cenni alla normativa di alcuni altri Paesi dell’Unione Europea. 3.4 L’uso del demanio per fini imprenditoriali è sottoposto alle regole sulla concorrenza. 3.5 L’uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali. 3.6 Le questioni attuali: la scarsità della risorsa ed il principio dell’affidamento. 3.7 Affidamento ed eventuale indennizzo per la cessazione anticipata della concessione.

Resumo

A tutela e valorização dos bens públicos é uma questão antiga, mas sempre atual no ordenamento jurídico italiano, uma vez que os seus vários tipos preveem uma disciplina diferenciada e uma gestão confiada a diferentes órgãos. O trabalho, portanto, na primeira parte, analisa as questões relativas à distinção entre bens públicos, o seu regime jurídico diferenciado e a tutela jurisdicional conexa. A segunda parte analisa a regulamentação do uso do domínio público marítimo do Estado para fins turístico-balneares, o que é uma questão bastante controversa, pois a concessão desses ativos nunca ocorreu com licitação, como agora preveem as regras de concorrência da União Europeia (EU). O conflito entre os sistemas jurídicos nacional e europeu deu origem a acórdãos contraditórios e suscitou um debate que ainda não está completamente concluído.

Palavras-chave

Bens públicos; direito administrativo; domínio público marítimo; ordenamento jurídico italiano; União Europeia.

Sumário

1. Introdução. 2. Parte I – A disciplina jurídica dos bens públicos. 2.1 Os bens públicos no ordenamento jurídico italiano. 2.2 Aquisição e perda do domínio público. 2.3 A gestão dos bens públicos. 2.4 Repartição de competências na gestão do domínio

público. 2.5 Competência jurisdicional em matéria de concessão de bens públicos. 3. Parte II – O uso do domínio público marítimo para fins turístico-balneares. 3.1 O domínio público marítimo entre o Código Civil e o Código de Navegação. 3.2 A necessidade de alterações normativas após a Diretiva Bolkestein. 3.3 Alusões à legislação de alguns outros países da União Europeia. 3.4 A utilização do domínio público para fins comerciais está sujeita às regras da concorrência. 3.5 A utilização da praia nos planos territoriais e ambientais. 3.6 Questões atuais: a escassez do recurso e o princípio da concessão. 3.7 Confiança e eventual indenização por cessação antecipada.

Abstract

The protection and enhancement of public goods is an ancient but always relevant issue in the Italian legal system, as its various types foresee a differentiated framework and management entrusted to different bodies. The first part of this work, therefore, analyzes issues related to the distinction between public goods, their differentiated legal regime, and the associated judicial protection. The second part examines the regulation of the use of the State's maritime public domain for tourism and bathing purposes, which is a highly controversial issue, as the concession of these assets to concessionaires has never been conducted through public tender, as now required by the European Union competition rules. The conflict between the national and European legal systems has led to contradictory rulings and sparked a debate that has yet to be fully concluded.

Keywords

Public goods; administrative law; maritime public domain; Italian legal system; European Union.

Contents

1. Introduction. 2. Part I – The legal discipline of public goods. 2.1 Public goods in the Italian legal system. 2.2 Acquisition and loss of the public domain. 2.3 Management of public goods. 2.4 Allocation of responsibilities in the management of public domain. 2.5 Jurisdiction competence in matters of public asset concessions. 3. Part II – The use of the maritime public domain for tourist and bathing purposes. 3.1 The maritime public domain between the Civil Code and the Navigation Code; 3.2 The need for regulatory changes following the *Diretiva Bolkestein*; 3.3 References to the legislation of some other European Union countries; 3.4. The use of the public domain for commercial purposes is subject to competition rules; 3.5 The use of the beaches in territorial and environmental plans; 3.6 Current issues: resource scarcity and the principle of concession; 3.7 Trust and potential compensation for early termination.

Resumen

La tutela y valorización de los bienes públicos es una cuestión antigua, pero siempre actual en el ordenamiento jurídico italiano, ya que sus diversos tipos prevén una disciplina diferenciada y una gestión confiada a diferentes órganos. El trabajo, por lo tanto, en la primera parte, analiza las cuestiones relativas a la distinción entre bienes públicos, su régimen jurídico diferenciado y la tutela jurisdiccional conexas. La segunda parte analiza la regulación del uso del dominio público marítimo del Estado para fines turístico-balnearios, lo que es una cuestión bastante controvertida, ya que la concesión de estos activos a los concesionarios nunca se ha realizado mediante licitación, como ahora prevén las reglas de competencia de la Unión Europea. El conflicto entre los sistemas jurídicos nacional y europeo ha dado lugar a fallos contradictorios y ha suscitado un debate que aún no está completamente concluido.

Palabras clave

Bienes públicos; derecho administrativo; dominio público marítimo; ordenamiento jurídico italiano; unión europea.

Índice

1. Introducción. 2. Parte I – La disciplina jurídica de los bienes públicos. 2.1 Los bienes públicos en el ordenamiento jurídico italiano. 2.2 Adquisición y pérdida del dominio público. 2.3 La gestión de los bienes públicos. 2.4 Reparto de competencias en la gestión del dominio público. 2.5 Competencia jurisdiccional en materia de concesión de bienes públicos. 3. Parte II - El uso del dominio público marítimo para fines turístico-balnearios. 3.1 El dominio público marítimo entre el Código Civil y el Código de Navegación. 3.2 La necesidad de modificaciones normativas tras la Directiva Bolkestein. 3.3 Alusiones a la legislación de algunos otros países de la Unión Europea. 3.4 La utilización del dominio público para fines comerciales está sujeta a las reglas de competencia. 3.5 La utilización de la playa en los planes territoriales y ambientales. 3.6 Cuestiones actuales: la escasez del recurso y el principio de concesión. 3.7 Confianza y eventual indemnización por cesión anticipada.

1. Introduzione

La vicenda della concessione delle spiagge per fini turistico-balneari³ continua ad occupare il legislatore, le Corti⁴ e la dottrina senza trovare una definitiva soluzione.

Le presenti note non intendono né possono dare risposte che spetterebbero al legislatore, ma vogliono solo esaminare alcuni profili della complessa vicenda, per cercare di individuare se si possa ipotizzare qualche possibile novità per una necessaria soluzione normativa⁵.

2. Parte I – La disciplina giuridica dei beni pubblici

2.1 I beni pubblici nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano, come è noto, la Costituzione attribuisce la proprietà di beni sia ai soggetti pubblici che a quelli privati. Secondo autorevole dottrina⁶, la distinzione è solo descrittiva poichè in un sistema economico misto la proprietà può spettare sia al pubblico che al privato. La norma costituzionale non è perciò innovativa dell'ordinamento, ma solo disegna un'opzione politica di un sistema che attribuisce il diritto di proprietà sia agli enti pubblici che ai privati, negando sia un'ipotesi di proprietà collettiva che una deriva totalmente liberista.

La disciplina dei beni è rinvenibile nel Codice civile del 1942, che peraltro ha un suo antecedente nel codice napoleonico del 1804 e nel successivo Codice civile del 1865.

³ Sulle concessioni di beni pubblici ed i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e quello nazionale, si veda: G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 3/4, 381 ss.; Id., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale, Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. 2, ed. 2, 2007, 827 ss.; Id., *La direttiva in materia di "concessioni"*, 2015, 5, 1095 ss.; Id., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3/4, 505 ss.

⁴ Da ultimo: Corte cost., 16 aprile 2024, n. 109. L'aspetto più sorprendente di questa sentenza è che il governo, per dimostrare l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione siciliana che prevedeva la proroga delle concessioni fino al 2033, rinvia alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato, in netta contraddizione con le proroghe da esso stesso emanate. Tra le ultime sentenze del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

⁵ Sul punto, di recente: M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, Milano, 2023.

⁶ V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., II, Torino, 1987, 273.

Come è noto, la categoria dei beni pubblici nasce quando le rivoluzioni borghesi affermano il diritto di proprietà privata come presupposto della cittadinanza, cosicché diventano “pubblici” non più solo i beni appartenenti al monarca, ma anche quei beni destinati all’uso di tutti, per questo esclusi dal circuito della commerciabilità.

Vi sono perciò, anche nel Codice civile italiano, beni riservati alla proprietà dello Stato o di altri enti pubblici (art. 822 ss.) nel senso che non possono appartenere se non ad essi e perciò sono inalienabili ed inusucapibili. Perciò l’individuazione di questi beni è rinvenibile nel Codice civile, ma la disciplina relativa al loro uso si trova nelle leggi amministrative, che attribuiscono finalità pubbliche a tali beni.

Oltre ai beni destinati per legge allo Stato o agli enti pubblici, vi sono altri beni non necessariamente pubblici, ma che diventano tali in quanto vengono destinati a funzioni e servizi di natura pubblicistica, cosicché, come i beni demaniali, non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 828 Cod. civ.)

Perciò con il termine “bene pubblico” si indicano quei beni, che, pur essendo previsti e regolati nel Codice civile sono sottoposti ad un regime giuridico speciale in quanto considerati beni con finalità pubblica generale, derogando perciò alla normativa di diritto comune e limitando i poteri e le facoltà dei titolari di quei diritti.

Vi può essere un’ulteriore distinzione dei beni demaniali. Ai sensi dell’art. 822 del Codice civile fanno parte del *demanio necessario* dello Stato il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia, le opere destinate alla difesa militare. Sono invece considerati *eccezionalmente demaniali* (poiché potrebbero appartenere anche a privati) le strade, le autostrade e le strade ferrate, gli aerodromi, gli acquedotti, gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico, le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche. In questi casi, la proprietà potrebbe anche rimanere nella sfera giuridica di un soggetto privato, ma l’amministrazione potrebbe porre limiti o prescrizione all’utilizzazione del bene.

Inoltre, i beni demaniali possono distinguersi in beni naturali o artificiali; i primi esistono in natura, mentre i secondi sono frutto dell’attività dell’uomo.

Il Codice civile prevede, oltre alla categoria dei beni demaniali, anche quella dei beni del patrimonio indisponibile. Ai sensi dell’art. 826 c. 2 del Codice civile <<fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste (che a norma delle

leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato), le miniere, le cave e torbiere (quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo), le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo [...]. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente delle province e dei Comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio>>.

Secondo quanto affermato dall'art. 823 Cod. civ., le caratteristiche dei beni demaniali sono l'incommerciabilità (cioè inalienabilità, sottrazione alle espropriazioni, ai pignoramenti ed alle esecuzioni, impossibilità di usucapione) e la possibilità per la pubblica amministrazione di procedere anche in via amministrativa alla tutela di essi.

Per quanto attiene invece ai beni del patrimonio indisponibile, l'art. 828, c. 2 Cod. civ. prevede, invece, che possano essere anche oggetto di alienazione, tranne che questo comporti la sottrazione alla destinazione pubblicistica che li vincola.

Invero, la differenza tra i due regimi, come dimostrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è molto labile. Infatti, alcune leggi di settore prevedono per alcuni beni del patrimonio indisponibile, come miniere, cave e torbiere, una indisponibilità assoluta, a prescindere dal caso in cui, per effetto dell'alienazione, possano essere realmente sottratti alla loro destinazione. Inoltre, risulta complesso, almeno in concreto, individuare casi di alienazione di beni indisponibili (o di costituzione sugli stessi di diritti reali a favore di terzi) le cui condizioni siano tali da non influire negativamente sulla fruizione collettiva o amministrativa; infatti, non si comprende come un'azione esecutiva su un bene pubblico potrebbe concludersi senza compromettere il vincolo di destinazione.

In definitiva, perciò, constatare che i beni del patrimonio indisponibile sono a determinate condizioni alienabili, usucapibili e suscettibili di esecuzione forzata, si rivela inadeguato, come dimostrato dalle considerazioni appena svolte⁷.

La giurisprudenza ha fatto avvicinare ancora di più il regime dei beni demaniali e quello del patrimonio indisponibile, estendendo anche a quest'ultimo i poteri di autotutela esecutiva che ai sensi dell'art. 823, c. 2 Cod. civ. spetterebbero all'amministrazione solo per i beni del demanio. L'autotutela può essere un'attività di tipo

⁷ M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

decisorio, quando si concreta in atti amministrativi (ad es. annullamento o revoca di concessioni) o di tipo esecutivo, quando dispone mezzi atti ad eseguire provvedimenti amministrativi relativi a beni pubblici (ad es., sgomberi d'ufficio).

Invero, l'incerto limite tra beni demaniali e patrimoniali indisponibili influenza anche il dibattito sull'autotutela esecutiva, prevista esplicitamente solo per i beni demaniali. Si confrontano due diverse opinioni sul punto: una sostiene che l'art. 823 Cod. civ. abbia portata generale, così da estendere l'autotutela anche ai beni patrimoniali indisponibili⁸; l'altra ritiene che l'autotutela esecutiva abbia carattere eccezionale e limita la sua portata alle sole ipotesi dei beni demaniali.

In conclusione, al di là delle formali distinzioni codicistiche, i beni demaniali e i beni del patrimonio indisponibile sono in realtà sottoposti ad un regime unitario, motivo per il quale la dottrina li considera una categoria unica.

2.2 Acquisto e perdita della demanialità

Riguardo all'acquisto della demanialità, in mancanza di disposizioni specifiche del Codice civile, la dottrina ha distinto, come detto, tra demanio naturale e demanio artificiale⁹.

Per i beni appartenenti al primo, l'acquisto della demanialità avviene per il fatto giuridico e naturale dell'esistenza, perché questi beni possiedono naturalmente gli elementi previsti dalla legge per ricondurli all'ambito del demanio (come le acque e alle spiagge). I beni che compongono il demanio artificiale, invece, sono opera dell'uomo, quindi per essere beni pubblici, è necessario che siano costruiti o trasformati e destinati, formalmente o almeno di fatto, all'uso pubblico¹⁰. Inoltre, l'inclusione negli elenchi dei beni demaniali che le pubbliche amministrazioni redigono, non determina di per sé l'acquisto della qualità demaniale, tanto che la giurisprudenza li riconosce come atti meramente dichiarativi¹¹.

⁸ Cons. St., sent. 5934/2019.

⁹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024.

¹⁰ Sul punto la dottrina è divisa, essendo diversa la posizione assunta riguardo alla necessità di adottare un atto amministrativo esplicito di destinazione del bene.

¹¹ Cass., Sez. un., 30 aprile 2008, n. 10876; Cass., 9 novembre 2009, n. 23705; Cass., Sez. un., 15 gennaio 1987, n. 245; Cass., 20 febbraio 2001, n. 2471; Cass., S.U., 8 marzo 1996, n. 1831.

E' invece possibile la cessazione della demanialità, con il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio indisponibile, con cessazione dell'assoggettamento al regime giuridico dell'incommerciabilità. Lo prevede l'art. 829 Cod. civ., il quale sancisce che deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa il passaggio dei beni dal demanio al patrimonio e che l'atto deve essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica. Mancano però, indicazioni sull'efficacia dichiarativa o costitutiva della dichiarazione di sdemanializzazione ed inoltre non viene esclusa la possibilità che la sdemanializzazione sia tacita per una dismissione di fatto da parte della pubblica amministrazione.

In particolare, con riferimento ai beni del demanio naturale, come per l'acquisto, è ammessa anche la perdita di fatto della demanialità a seguito di accadimenti naturali che la pubblica amministrazione non può che accertare e dichiarare. Quindi, per tale categoria di beni, la vicenda estintiva della demanialità può avvenire per deperimento, distruzione o snaturamento della cosa¹², intervenendo situazioni indipendenti dalla volontà dell'amministrazione, che determinano il venir meno delle caratteristiche del bene previste dalla legge per appartenere al demanio. In questi casi, la pubblica amministrazione si limita a prendere atto del mutare delle situazioni attraverso atti dichiarativi¹³. Con riferimento ai beni del demanio artificiale, invece, a seguito di scelte amministrative discrezionali, si richiede alla pubblica amministrazione un provvedimento espresso e formale di cessazione della demanialità, attribuendovi efficacia costitutiva.

In mancanza delle formalità previste dalla legge in materia, si ammette la sdemanializzazione di un bene soltanto in presenza di atti e/o fatti concludenti che sottintendano la volontà della pubblica amministrazione di sottrarre il bene alla destinazione pubblica e di rinunciare definitivamente al suo ripristino, escludendo che basti il prolungato disuso del bene demaniale da parte dell'ente pubblico proprietario o la tolleranza osservata da quest'ultimo rispetto a un'occupazione da parte di privati¹⁴.

Le prescrizioni contenute nell'art. 829 Cod. civ. si limitano ad imporre all'amministrazione un mero dovere giuridico nell'interesse della certezza delle

¹² E.O. Querci, *Sdemanializzazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2005, 671 ss.

¹³ L. Mercati, art. 829, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012; M. Renna, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006.

¹⁴ Tra le altre, Cass., 19 febbraio 2007, n. 3742, in *Banca Dati DeJure*.

situazioni giuridiche, senza far prevalere un elemento formale su quelli costitutivi della demanialità¹⁵.

Eccezione è fatta – come poi vedremo meglio - per i beni appartenenti al demanio marittimo, la cui sdemanializzazione, per quanto affermato dall'art. 35 Codice della navigazione¹⁶ <<non può mai avvenire tacitamente>>¹⁷. In questo caso, infatti, s differenza di quanto previsto dall'art. 829 Cod. civ., la sdemanializzazione è attuabile solo in forma espressa attraverso uno specifico provvedimento di carattere costitutivo da parte dell'autorità amministrativa competente.

L'eventuale decisione di alienare beni immobili demaniali spetta alle sedi locali dell'Agenzia del Demanio, prevedendo altresì l'esercizio del diritto di opzione, ai sensi dell'art 1 c. 437 della legge n. 311/2004¹⁸. In tal caso, l'Agenzia comunica agli enti locali competenti (Comune, Provincia, Città metropolitana, Regione), l'intenzione di alienare il bene, invitando i medesimi Enti ad esercitare l'eventuale diritto di opzione, che consente l'acquisto del bene da parte di questi enti.

2.3 La gestione dei beni pubblici

I beni demaniali, come appena visto, vengono gestiti da una apposita Agenzia nazionale. Essa è responsabile della gestione, razionalizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato, compresi beni immobili per uso governativo, patrimonio disponibile, demanio storico-artistico¹⁹.

L'Agenzia del Demanio è nata a seguito della divisione delle funzioni del Ministero delle Finanze nelle quattro Agenzie fiscali: Agenzia delle Entrate, Agenzia del Territorio, Agenzia delle Dogane e Agenzia del Demanio.

¹⁵ Così, E.O. Querci, *Sdemanializzazione* op. cit., 674, richiamando, tra le altre, Cass., 15 maggio 1962, n. 1045; Cass., 13 febbraio 1967, n. 362; Cass., 5 agosto 1977, n. 3556.

¹⁶ Art. 35 cod. nav. (Esclusione di zone dal demanio marittimo), <<Le zone demaniali che dal capo del compartimento non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con decreto del ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze>>.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. II, sent. 2 marzo 2000, n. 2323, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, secondo cui <<La sdemanializzazione di un bene appartenente al demanio marittimo non può mai avvenire tacitamente, ai sensi dell'art. 35 cod. nav.>>; in senso analogo, Cass., 28 settembre 2011, n. 19792, in *Banca Dati DeJure*.

¹⁸ *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2005), in G.U.R.I. Serie Generale n.306 del 31-12-2004 - Suppl. Ordinario n. 192.

¹⁹ Tutti i dati sull'Agenzia del demanio sono tratti dal sito ufficiale dell'Agenzia del Demanio in <https://www.agenziademanio.it/> 2022.

L'Agenzia delle Entrate non solo tutela ma altresì promuove la valorizzazione e la rigenerazione dell'intero patrimonio immobiliare pubblico, in sinergia con le Istituzioni e gli Enti territoriali, anche individuando strategie e strumenti innovativi e partecipativi. L'obiettivo è quello di contribuire allo sviluppo del tessuto economico-produttivo, sociale e culturale del Paese e di ridurre la spesa pubblica, massimizzando il valore dei beni e ottimizzando gli spazi utilizzati dalle amministrazioni pubbliche.

L'Agenzia gestisce oggi un portafoglio di oltre 45.000 beni per un valore di circa 60 miliardi di euro. Essa persegue il soddisfacimento dell'interesse pubblico utilizzando criteri di economicità e di creazione di valore economico e sociale nella gestione del patrimonio immobiliare dello Stato. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze vigila sulle attività dell'Agenzia dettando le linee guida attraverso l'atto di indirizzo triennale, inviato annualmente dal Ministro.

Gli organi dell'Agenzia sono: il Direttore, il Comitato di gestione e il Collegio dei Revisori dei Conti. L'Agenzia è, inoltre, assoggettata al controllo della Corte dei conti, la quale partecipa alle sedute del Comitato di gestione tramite un magistrato della Corte delegato al controllo. L'Agenzia promuove interventi legati all'autonomia e autoproduzione energetica degli immobili pubblici; alla riduzione del consumo di suolo; promuove, infine un modello innovativo di ufficio pubblico per una PA moderna e digitale ed il supporto agli enti territoriali in operazioni di rigenerazione urbana, di riqualificazione e rifunzionalizzazione degli immobili pubblici.

Gli obiettivi che essa intende raggiungere sono: curare il patrimonio dello Stato creando valore per la collettività, generando impatti positivi per l'economia del Paese²⁰; svolgere interventi edilizi sul portafoglio immobiliare statale o comunque in uso alle amministrazioni dello Stato²¹; valorizzare il patrimonio immobiliare dello Stato e degli enti pubblici territoriali e non territoriali²² e coordinare progetti di sviluppo infrastrutturale del Paese²³. L'Agenzia del Demanio è articolata, infine, in una direzione centrale e in poli operativi territoriali.

²⁰ Legge n. 191/2009 (Finanziaria 2010).

²¹ D.L. n. 98/2011.

²² D.L. n. 351/2001; D.P.R. n. 296/2005; D.L. n. 98/2011; D.L. n. 83/2014.

²³ *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019* L. n. 232/2016 art. 1, comma 140, (GU Serie Generale, n.297 del 21.12.2016).

2.4 Riparto di competenze nella gestione del demanio pubblico

Nel contesto del federalismo fiscale, è stato introdotto il concetto di federalismo demaniale, il quale stabilisce che i beni appartenenti al demanio statale possono essere assegnati agli enti pubblici territoriali su richiesta degli stessi.

Durante la fase transitoria del processo di trasferimento di funzioni e compiti amministrativi si sono manifestate diverse controversie tra lo Stato e le Regioni in ordine alle relative competenze.

Per quanto attiene al trasferimento di competenze relative al demanio marittimo ed al mare territoriale, sono stati sollevati dubbi interpretativi, in parte dovuti alla continua evoluzione normativa ed alla riluttanza delle amministrazioni a rinunciare ai loro tradizionali poteri, soprattutto per quanto riguarda i porti. Solo dopo varie pronunce della Corte costituzionale, tra le quali si ricorda la n. 344/2007²⁴, il nuovo quadro normativo è stato definitivamente chiarito, inclusi i porti d'interesse regionale ed interregionale. Le competenze relative all'esercizio delle funzioni amministrative nei porti di seconda categoria, classe III (porti di interesse regionale ed interregionale con funzione turistica e peschereccia), spettano alle Regioni e, per principio di sussidiarietà, ai Comuni.

Di particolare interesse per l'oggetto da noi trattato è la sentenza della Corte costituzionale che ha stabilito la competenza degli enti locali per le concessioni demaniali marittime nei porti turistici e commerciali di rilevanza economica regionale e interregionale²⁵. Ciò è conseguenza diretta dell'impianto normativo delineato dalla legge costituzionale n. 3/2001, che ha modificato il Titolo V della Costituzione, secondo cui i Comuni sono ora titolari delle funzioni amministrative sul demanio marittimo, compreso quello portuale, precedentemente affidate alle Capitanerie di porto²⁶.

Numerose Regioni, mediante diverse leggi regionali, hanno delegato ai propri Comuni costieri l'esercizio di tutte le funzioni amministrative relative al demanio marittimo, definendo beni demaniali quelli elencati nell'art. 822 del Codice civile e nell'art. 28 del Codice della navigazione. Questa attribuzione di funzioni

²⁴ Corte Cost, sent n. 344/2007, in materia di demanio marittimo portuale.

²⁵ Corte Cost, sentenze n. 90/2006 *Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti* e n. 255/2007 *Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti*.

²⁶ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

amministrative ai Comuni si inserisce in un principio organizzativo dello Stato volto ad avvicinare la gestione dei beni di interesse pubblico ai cittadini e ad evitare l'accentramento burocratico statale.

Attualmente, i Comuni sono responsabili di diverse funzioni amministrative sul demanio marittimo, tra cui il rilascio di concessioni demaniali marittime, il rinnovo delle stesse²⁷ e la variazione del loro contenuto²⁸. Mentre alcune funzioni, come la delimitazione²⁹ e l'esclusione di zone del demanio marittimo, rimangono di competenza statale e sono affidate alle Capitanerie di porto.

Per quanto riguarda il demanio idrico, si ritiene utile, riportare una sintesi della normativa che individua le competenze e le attività per la gestione del demanio idrico e fluviale da parte degli enti pubblici.

Sono rilevanti i riferimenti normativi al Regio Decreto 523/1904, al Regio Decreto 368/1904 ed al Codice civile. Il R.D. 523/1904, rispetto agli interventi sul demanio idrico, prevede: per la programmazione degli interventi, la competenza delle Regioni, la gestione è affidata alle Province, compreso il rilascio delle concessioni, mentre per la realizzazione di opere nei centri abitati la competenza dei Comuni ed i privati (art. 10); per le opere al di fuori dei centri abitati sono competenti i possessori frontisti (art. 12) e per le opere stradali e ferroviarie sono competenti gli enti proprietari e/o gestori degli attraversamenti o delle strade affiancate agli alvei (art. 12)³⁰. Il R.D. 368/1904 all'art. 140 c. 1 attribuisce i seguenti obblighi a carico dei possessori o affittuari dei terreni compresi nel perimetro di una bonificazione: a) tener sempre bene espurgati i fossi che circondano o dividono i terreni suddetti, le luci dei ponticelli e gli sbocchi di scolo nei collettori della bonifica; b) aprire tutti quei nuovi fossi che siano necessari per il regolare scolo delle acque, che si raccolgono sui terreni medesimi; c) estirpare, nei mesi di aprile e settembre, tutte le erbe che nascono nei detti fossi; f) rimuovere immediatamente gli alberi, tronchi e grossi rami dalle loro piantagioni laterali ai canali ed alle strade della bonifica, che, per impeto di vento o per qualsivoglia altra causa, cadessero nei corsi d'acqua o sul piano viabile delle dette strade³¹. Il Codice civile, invece, interviene

²⁷ Art. 36, Cod. nav.

²⁸ Art. 24, Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione.

²⁹ Art. 32, Cod. nav.

³⁰ R.D. 25 luglio 1904, n. 523 *Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie*.

³¹ R.D. 8 maggio 1904, n. 368 *Regolamento sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi*.

attribuendo ai proprietari dei fondi le seguenti competenze in materia di idraulica fluviale: riparazione di sponde e argini (art. 915), rimozione degli ingombri (art. 916), spese per la riparazione, costruzione o rimozione (art. 917).

Infine, si annovera nel demanio necessario il demanio militare, la cui competenza viene delineata dall'art 231 del Codice dell'Ordinamento militare³². E' previsto che appartengono al demanio militare del Ministero della difesa le opere destinate alla difesa nazionale, gli aeroporti militari, gli alloggi di servizio per il personale militare realizzati su aree ubicate all'interno di basi, impianti, installazioni militari o posti al loro diretto e funzionale servizio. Il Ministero della difesa provvede agli acquisti, all'amministrazione, alla valorizzazione ed alienazione nonché alle dismissioni dei beni demaniali militari; è competente in materia di servitù e di vincoli connessi a beni demaniali militari, fatte salve, in ogni caso, le attribuzioni demandate dalle leggi e dai regolamenti vigenti al Ministero delle finanze.

2.5 La giurisdizione in materia di concessione di beni pubblici

L'art. 133, c. 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo del 2010 attribuisce la cognizione delle <<controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici>> alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tranne per le controversie concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi nonché il risarcimento del danno da inadempimento.

Come sottolineato dal Consiglio di Stato, i beni pubblici sono tali perché prevale il regime pubblicistico e perciò, per le controversie in materia di concessione di beni pubblici si fa riferimento all'art. 133 c.pubblica amministrazione appena citato³³.

Il secondo comma dell'art. 133 c.pubblica amministrazione non precisa invece a quale giudice siano attribuite le questioni sulle indennità. Per colmare questa lacuna, si dovrà necessariamente adottare il criterio ordinario di riparto di giurisdizione, verificando se l'entità del canone, indennità o corrispettivo sia fissata dalla legge in modo vincolante o se la legge attribuisca alla pubblica amministrazione un potere discrezionale, configurando un diritto soggettivo o in interesse legittimo.

³² Il Codice dell'ordinamento militare è stato emanato con D.L. 15 marzo 2010, n. 66 e disciplina l'organizzazione, il funzionamento e i compiti della difesa militare e delle forze armate.

³³ Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2020, n. 8100.

Un'altra tesi sostiene, invece, che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo serva ad evitare la duplicazione della giurisdizione, poiché, nella figura della concessione-contratto si hanno una componente provvedimentale ed una contrattuale: perciò, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo assorbirebbe anche le controversie concernenti la fase esecutiva del contratto e le questioni sinallagmatiche. Quest'ultima ipotesi, però, sembrerebbe contrastare con il tenore letterale dell'art. 133 c.pubblica amministrazione.

In questo contesto, è utile far riferimento anche alla significativa recente sentenza 14 giugno 2023, n. 5829, con la quale, il Consiglio di Stato, sez. VII, si è pronunciato riguardo al riparto di giurisdizione in materia di concessioni demaniali marittime. La vicenda è nata a seguito dell'impugnazione, ad opera di una società concessionaria di un'area del demanio marittimo, di atti tramite i quali il Comune di Ugento, aveva richiesto il pagamento del canone demaniale ed anche l'imposta regionale aggiuntiva connessa per l'anno 2021. La società, in effetti, contestava l'obbligo di pagare le relative somme, così come quantificate dal Comune, affermando invece che, nella fattispecie, ci sarebbero stati i presupposti per l'applicazione di un canone di mero riconoscimento. L'attenzione del T.A.R. Puglia e del Consiglio di Stato, si è focalizzata unicamente sui profili attinenti alla giurisdizione. Il criterio, per individuare il giudice munito di giurisdizione, in questo caso, faceva riferimento all'art. 133, comma 1, lett. b) del codice del processo amministrativo. In linea di massima rimangono estranee alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi un contenuto patrimoniale; ciò, non è però sufficiente ad escludere che simili controversie, in alcuni casi, possano riguardare comunque la giurisdizione generale di legittimità dello stesso giudice amministrativo.

Nel corso del giudizio in primo grado, il T.A.R. Puglia si era dichiarato sfornito di giurisdizione, ritenendo che la controversia si sarebbe dovuta devolvere al giudice ordinario, riguardando il *quantum* del canone da corrispondere, e non già la spendita di poteri autoritativi o discrezionali da parte dell'amministrazione. Invece, il Consiglio di Stato, ha accolto l'appello proposto dalla società concessionaria, affermando la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, e rinviando il giudizio al T.A.R. Puglia per la sua prosecuzione. In definitiva, secondo il Consiglio di Stato la società, con il suo atto di impugnazione, ha contestato all'amministrazione un cattivo esercizio del suo potere in ordine alla meritevolezza della concessione demaniale, che avrebbe comportato la definizione di un canone di riconoscimento molto più limitato di quello preteso dal Comune. Infatti, l'art. 39, c. 2 del Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione) afferma che «nelle concessioni a enti pubblici o privati, per fini di beneficenza o per altri fini di

pubblico interesse, sono fissati canoni di mero riconoscimento del carattere demaniale dei beni>>. In definitiva, la censura della pubblica amministrazione ha avuto ad oggetto valutazioni tecnico discrezionali, che sono contenuti propri delle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Già la nota sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, aveva chiarito che le materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono contrassegnate <<dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo>>. Le eventuali conseguenze sulla quantificazione del canone, dunque, rappresentano un aspetto subordinato dalla corretta qualificazione del rapporto concessorio, in quanto tali inidonee a fondare la giurisdizione del giudice ordinario.

3. Parte II - L'uso dei beni del demanio marittimo per fini turistico-balneari

3.1 Il demanio marittimo tra Codice civile e Codice della navigazione

Come detto in apertura di questo lavoro, l'uso a fini turistico-balneari del demanio marittimo ha dato luogo ad una lunga ed ancora irrisolta questione che ha provocato un contrasto tra l'ordinamento europeo e quello nazionale³⁴.

La disciplina giuridica interna è già complessa in quanto l'uso di un bene demaniale marittimo è sottoposto sia al regime concessorio previsto dal Codice

³⁴ Tra i molti lavori sul punto: M. De Benedetto, *Spagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di cessione di beni pubblici*, Napoli, 2017; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; G. Colombini, *Beni pubblici, gestioni patrimoniali, concessioni demaniali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 675 ss.; F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.* 4, 2022, 1037 ss.; M. Renna, A. Giannelli, *Concessioni balneari: l'onda lunga della disapplicazione raggiunge anche il milleproroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2023, 638 ss.; A. Florio, *Le concessioni demaniali marittime tra vecchia disciplina e auspicata riforma alla luce degli interventi dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2023, 997 ss.; D. Granara, *Le concessioni balneari tra le Corti e il Legislatore, dialoghi o monologhi?*, in *Giur. it.*, 2023, 2710 ss.; Id., *Le concessioni balneari al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2024, 884 ss.; G. Marchegiani, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urb e app.*, 1, 2024, 5 ss.; G. Mari, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"* (nota a TAR Puglia, Lecce, nn. 1223 e 1224 del 2023), in *Giustiziainsieme.it*, 7 febbraio 2024; G. Fornabaio, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili applicativi, criticità e prospettive di regolazione*, in *Amministrativ@mente. it*, 2, 2024, 774 ss. Si segnala, altresì, il fascicolo speciale della Rivista *Diritto e Società*, n. 3, 2021.

civile sia alla disciplina prevista dal Codice della navigazione. Le contraddizioni normative sono già presenti in questa duplice regolamentazione, ma diventano palesi – come vedremo – quando il legislatore e la giurisprudenza euro-unitaria attribuiscono alle concessioni turistico-balneari la natura di un servizio e, come tali, sottoposte al regime della concorrenza.

Come già visto, gli artt. 822 e 823 Cod. civ. individuano cosa debba intendersi per demanio pubblico e la sua disciplina. Fanno parte del demanio marittimo, ai sensi dell'art. 822 Cod. civ., <<il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti>>, che, come tutti i beni demaniali, sono inalienabili ed inusucapibili e possono essere dati in uso a terzi solo nei modi stabiliti dalla legge.

Ma il demanio marittimo, come accennato, non è solo sottoposto alle regole dei beni pubblici, ma anche al Codice della navigazione con tutte le complesse intersezioni tra le due discipline.

L'abrogato art. 37 del Codice della navigazione riconosceva al concessionario un diritto di insistenza sull'area demaniale oggetto di una nuova concessione, mentre l'art. 49 prevede ancora oggi che, al cessare della concessione, ove non sia diversamente previsto, le opere realizzate dal concessionario si trasferiscono nel patrimonio dello Stato, senza alcun indennizzo per chi le ha realizzate³⁵.

L'emanazione della Direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein)³⁶ squarcia il velo su una vicenda che il legislatore aveva trascurato: l'uso della spiaggia può non avere una finalità economica, come nel caso della pesca amatoriale o della balneazione sulla spiaggia libera, ma ha invece una chiara connotazione imprenditoriale quando è oggetto di una concessione turistico-balnere, con la conseguenza di essere, in questo caso, sottoposta alla disciplina della concorrenza.

³⁵ Secondo l'art. 49 Codice della navigazione <<salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, te stano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato>>. E' opportuno ricordare che la sezione VII del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 8010 del 15 settembre del 2022 ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 49, tuttora pendente in causa C-598/22, visto che la norma, invero mai applicata, appare come una sorta di espropriazione senza indennizzo.

³⁶ Si vedano, fra i molti contributi sul punto: M. Magri, "Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia Ue, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2016, 4, 359 ss.; M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1071 ss.

Peraltro la sollecitazione pervenuta al legislatore italiano a seguito della direttiva Bolkestein mette a nudo la trascuratezza della nostra amministrazione statale, che non solo consente il prolungamento indefinito delle concessioni, ma non è nemmeno in grado di ottenere dai concessionari un adeguato ristoro economico per le casse pubbliche³⁷.

3.2 L'esigenza di modifiche normative dopo la direttiva *Bolkestein*

L'emanazione della direttiva Bolkestein dà il via ad una vicenda paradossale che coinvolge il legislatore euro-unitario e quello nazionale, nonché le rispettive giurisdizioni: la Corte di giustizia europea e, nel nostro Paese, la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato e, da ultimo, le Sezioni unite della Cassazione.

L'inerzia mantenuta dal legislatore nazionale dopo l'emanazione della direttiva, ha fatto sì che la Commissione europea avviasse una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese (n. 2008/4908), poi archiviata poiché il legislatore, con l'art. 1 c. 18 del d.l. n. 194/2009 ha abrogato il diritto di insistenza previsto dall'art. 37 del Codice della navigazione, ma ha altresì previsto che, nelle more dell'emanazione di una legge di regolamentazione del settore, le concessioni in scadenza venissero automaticamente prorogate fino alla fine dell'anno 2020.

Il legislatore non ha proceduto ad una nuova regolamentazione, ma ad una serie di proroghe delle concessioni in scadenza.

Nonostante la Corte di giustizia abbia ribadito, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e Mario Melis*, l'obbligo di applicare la disciplina servizi, il legislatore nazionale ha prorogato ulteriormente la validità delle concessioni dei beni demaniali per uso turistico-balneare per ulteriori quindici anni (art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018), fino alla fine dell'anno 2033.

Tale disposizione è stata ritenuta contraria al diritto euro-unitario dalle sentenze c.d. gemelle del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, che hanno evidenziato il contrasto con le norme UE in tema di libertà di stabilimento e di non

³⁷ I dati sono molto incerti sia per quanto concerne il numero di concessioni che l'importo dei canoni di concessione percepiti dallo Stato. Per un'interessante ed attuale analisi sul punto: R. Arcano, M. Bordinon, A. Capacci, *La triste saga delle concessioni balneari*, in *Osservatorio dei conti pubblici italiani*, 15 dicembre 2023. Nel giudizio sul rendiconto dello Stato per l'anno 2023, la Corte dei conti richiama la necessità di ricorrere alle gare per le concessioni balneari, anche al fine di ottenere il giusto corrispettivo da parte del concessionario.

discriminazione tra operatori economici, con la conseguente necessità di disapplicare la proroga anche da parte delle pubbliche amministrazioni, oltre che dai giudici.

Il legislatore nazionale ha, in un primo tempo, tenuto conto dell'orientamento del Consiglio di Stato e, poi, con l'art. 3 della legge n. 118 del 2022 ha stabilito che tali concessioni demaniali continuassero ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023, salvo prevedere un ulteriore anno di proroga per la necessaria complessa attuazione della nuova disciplina.

In un secondo momento, con il c.d. decreto milleproroghe (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito in l. 24 febbraio 2023, n. 14), il termine è stato postposto al 31 dicembre 2025, suscitando la reazione del Presidente della Repubblica, che, pur promulgando la legge, ne ha rilevato la contrarietà con il diritto euro-unitario e con le sentenze della Corte di giustizia e del giudice amministrativo³⁸.

La necessità di ricorrere ad una gara ad evidenza pubblica trova nuova conferma nella sentenza della Corte di giustizia nella C-348/22, proposta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato contro il Comune di Ginosa, che aveva deciso di prorogare, nel suo territorio, le concessioni fino al 2033. La sentenza afferma, infatti, che sussiste «l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali»³⁹.

Sulle più recenti sentenze dei giudici nazionali, che confermano la necessità di adeguarsi alla disciplina euro-unitaria, si tornerà più oltre. Intanto, facendo un passo indietro, vediamo quali sono le questioni poste dalla dottrina e come potrebbero essere risolte alla luce di una carenza normativa e di una granitica interpretazione giurisdizionale a tutti i livelli istituzionali.

3.3 Cenni alla normativa di alcuni altri Paesi dell'Unione Europea

Può essere utile qualche notazione circa la disciplina che regola il demanio marittimo in altri ordinamenti di Stati facenti parte dell'Unione europea, al fine

³⁸ Il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, ha disposto (con l'art. 10-quater, comma 3) che «le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori».

³⁹ Sentenza Corte di Giustizia, sez. III, 20 aprile 2023, in causa C-348/22.

di dimostrare che, anche nella vigenza di un comune diritto europeo della concorrenza, si possano individuare soluzioni normative diverse rispetto a quelle vigenti nel nostro Paese⁴⁰.

In Francia l'accesso alle spiagge è libero e sussiste un generale divieto di impiantare in via permanente opere funzionali all'attività balneare, prevedendo che l'80% della spiaggia resti libera da attrezzatura inamovibili.

In Croazia la concessione ha una durata massima di 20 anni e si ottiene attraverso una gara pubblica.

Anche in Grecia parte della spiaggia viene data in concessione, per periodi variabili, tramite gare pubbliche, che vengono bandite direttamente dai Comuni⁴¹.

L'ordinamento spagnolo prevede concessioni di lunga durata, ma solo per la zona retrostante la spiaggia, mentre la battigia rimane sempre libera oppure oggetto di concessioni di breve durata, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento ove il Codice della navigazione prevede concessioni d'uso estese alla battigia⁴². Tuttavia anche nei confronti della Spagna è stata avviata una procedura di infrazione per la mancanza di criteri trasparenti di selezione e l'eccessiva durata dei rinnovi delle concessioni sulla parte retrostante la battigia.

Limitazioni alla concorrenza si rilevano anche nell'ordinamento portoghese dove la normativa vigente, anch'essa oggetto di rilievi da parte dell'UE, prevede la possibilità di concessioni aventi la durata di settantacinque anni ed il diritto di prelazione del concessionario uscente.

⁴⁰ F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 12, 24 ss.

⁴¹ Inoltre, qualora si verifici l'alterazione delle caratteristiche morfologiche e naturalistiche del tratto di spiaggia oggetto di bando a causa dell'attività del titolare della concessione, l'amministrazione ha il diritto di recedere unilateralmente.

⁴² Riprendo sul punto le più ampie osservazioni di F. Di Lascio, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 65 ss.

3.4 L'uso del demanio per fini imprenditoriali è sottoposto alle regole sulla concorrenza

La disciplina della spiaggia per motivi turistico-ricreativi configura un difficile incaglio regolatorio⁴³ ed è assai più complessa perché coinvolge differenti piani di ragionamento: prima di tutto, ovviamente, la natura concessoria o autorizzativa degli atti che consentono l'uso privato del demanio marittimo, ma anche altri argomenti generali quali l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria nei confronti del legislatore e delle amministrazioni nazionali, il ruolo della giurisprudenza a fronte dell'inerzia del legislatore, i rapporti tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali, l'applicabilità di principi generali quali la concorrenza e l'affidamento, ma anche il coordinamento delle concessioni della spiaggia con la più ampia gestione delle coste o con i piani paesaggistici ed ambientali.

La questione principale è, tuttavia, l'applicabilità della disciplina sui servizi, contenuta nella direttiva 2006/123/UE, al caso in questione. Una parte della dottrina ritiene, infatti, che i beni pubblici individuati dal nostro ordinamento non trovino la loro regolamentazione in tale direttiva, cosicché non sarebbero sottoposti al diritto "tiranno" della concorrenza⁴⁴.

Si argomenta, a sostegno di tale tesi, che le spiagge e gli arenili sono innanzitutto beni ambientali, sottoposti alle regole della relativa tutela e su cui si svolgono attività di vario genere, molte delle quali senza finalità commerciali, come la pesca o lo sport amatoriali. Sarebbe, perciò, inesatto considerare la spiaggia come bene demaniale sottoposto *tout court* alla disciplina della direttiva europea sui servizi. Ove il decisore politico voglia, come può, destinare parte del demanio ad un servizio imprenditoriale, solo allora ci sarà bisogno di una valutazione comparativa tra offerte, seppure non una vera e propria gara come nella disciplina euro-unitaria sui servizi.

Si rileva, a sostegno di questa tesi, che anche la Corte di giustizia, affrontando il punto della "scarsità della risorsa" come presupposto per l'applicazione della disciplina concorrenziale, afferma che è a livello comunale che deve verificarsi se le aree sottoposte a sfruttamento economico siano o meno in numero limitato (sentenza

⁴³ M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 35.

⁴⁴ E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 ss.

Promoimpresa), cosicché gli Stati potrebbero preferire più che una disciplina generale per tutto il territorio nazionale, una valutazione caso per caso a livello comunale o, comunque, in un ambito limitato (sentenza Ginosa)⁴⁵.

L'incertezza sulla sottoposizione al diritto euro-unitario del bene-spiaggia non contraddice l'esigenza, nella stessa ricostruzione appena indicata, che quella parte di essa destinata ad attività imprenditoriale richieda almeno una valutazione comparativa tra diverse proposte.

Questa tesi, quanto all'assegnazione di parti della spiaggia per fini economici finisce per coincidere con la dottrina prevalente secondo cui la gestione della parte di spiaggia destinata a fini turistici o ricreativi costituisca un rilevante settore economico, con la conseguenza che debba essere sottoposto alle regole europee e nazionali sulla concorrenza⁴⁶. E' stata, a questo proposito, rievocata la tesi di Benvenuti che, fin dal 1965, quando ancora molto timida era la regolazione della concorrenza, affermava che il bene demaniale può diventare strumentale al conseguimento di un utile, divenendo così un bene produttivo⁴⁷.

3.5 L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali

E' opportuno, invece, sottolineare che la disciplina del demanio marittimo va considerata non solo dal punto di vista della concorrenza, ma soprattutto nell'ambito del governo del territorio sotto il profilo ambientale e paesaggistico.

Non è un caso che la tutela ambientale abbia trovato nuove declinazioni nelle recenti riforme costituzionali, contenute non solo nella modifica dell'art. 9 Cost., ma viepiù nell'integrazione dell'art. 41 Cost., ove l'ambiente è considerato un limite anche all'iniziativa economica⁴⁸.

⁴⁵ E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, 148. Secondo Ginevra Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2023, sussiste una certa contraddizione tra la giurisprudenza comunitaria che consentirebbe, a livello locale, una valutazione caso per caso sulla scarsità della risorsa e la giurisprudenza del Consiglio di Stato che non la ammette.

⁴⁶ M. Gnes, *Le spiagge e le coste: problema o risorsa?*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 11 ss.

⁴⁷ F. Benvenuti, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 154, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. III, 2392 ss.

⁴⁸ G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 32. L'Autore osserva

Invero, la spiaggia non è che una porzione di uno spazio più ampio, che è la costa, vero oggetto della tutela, visto che è sulla costa che si svolgono le attività umane più diverse di cui quelle turistico-balneari sono solo una parte. Perciò la regolazione dell'uso delle spiagge dovrebbe essere inserita nella più ampia disciplina della gestione integrata della zona costiera, prevista dalla Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/413/CE⁴⁹.

Perciò la spiaggia non solo è soggetta allo specifico piano regionale ed a quello comunale⁵⁰, ma anche al piano paesaggistico che, avendo un oggetto più ampio, prevale anche sul piano di tutela delle coste⁵¹.

Emerge peraltro, come in tutti i casi di tutela del territorio, l'interesse prevalente alla sostenibilità ambientale, secondo quanto previsto negli Obiettivi di sviluppo sostenibile, cosicché anche l'eventuale sfruttamento economico della spiaggia è sottoposto a quei criteri minimi ambientali a cui si ispirano, anche nel nostro ordinamento, i c.d. appalti verdi previsti dall'art. 57 Codice dei contratti pubblici⁵².

3.6 Le questioni attuali: la scarsità della risorsa ed il principio dell'affidamento

Indicati i principi ispiratori di una corretta gestione delle spiagge e del loro retroterra è il caso di soffermarci più compiutamente sulle principali questioni affrontate nella giurisprudenza delle Corti e nella dottrina. Infatti, ammesso che si tratti di un bene demaniale che può anche essere assegnato a fini imprenditoriali, è necessario verificare lo stato di fatto attuale.

altresì che la previsione di una gara per la concessione non è solo un principio della concorrenza, ma un principio di giustizia distributiva per garantire l'eguaglianza.

⁴⁹ M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 ss.

⁵⁰ G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 87.

⁵¹ Così, L. Di Giovanni, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella difesa delle coste italiane*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 101, seppure solo cinque Regioni abbiano prodotto il piano paesaggistico.

⁵² C. Lauri, *I criteri di sostenibilità nelle procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 109 ss. Tra le numerose opere di commento del nuovo Codice dei contratti pubblici, si segnalano: V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023; G. F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; M. Macchia (a cura di), *Costruire ed acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024; R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024.

I dati statistici rilevano che, nel nostro Paese, vi sono tra 21.500 e 25.000 concessioni ed esse insistono su più della metà degli 8.000 chilometri della costa totale del Paese⁵³.

Il dato certo è l'ampia difformità del numero di concessioni tra le singole Regioni. Se dovessimo ragionare secondo il neonato modello dell'autonomia differenziata dovremmo aspettarci regolazioni differenti. Nelle Regioni che hanno concessioni sul 70% del loro territorio, la spiaggia va considerata come una risorsa scarsa e, dunque, sarebbe legittima l'applicazione del principio di concorrenza. Non così per le altre Regioni in cui le concessioni occupano non più del 40% del territorio. Vedremmo così quali disparità può provocare l'autonomia differenziata con l'effetto paradossale secondo cui si dovrebbero fare le gare, ad esempio, in Liguria ma non anche in Calabria⁵⁴. Sarebbe più auspicabile una disciplina nazionale di principi ed una pianificazione regionale e comunale che tutelasse una parte di spiaggia libera, nel rispetto del principio di eguaglianza⁵⁵.

Una seconda questione attiene alle infrastrutture inamovibili, la cui eventuale presenza sulla spiaggia potrebbe influire sull'affidamento del gestore uscente⁵⁶.

Se è apprezzabile l'impegno imprenditoriale degli attuali concessionari che hanno realizzato consistenti impianti, offrendo un adeguato servizio agli utenti, non si può comunque dimenticare che le opere realizzate sul demanio pubblico devono essere sempre compatibili con le regole edilizie ed ambientali.

A questo proposito, come sopra esposto, l'art. 49 del Codice della navigazione prevede ancora oggi, con una disposizione molto criticata e mai attuata, che, al cessare della concessione, ove non sia diversamente previsto, le opere realizzate dal

⁵³ Secondo l'*Osservatorio dei conti pubblici italiani*, cit., nell'ultimo rilevamento del 2021 le concessioni demaniali per uso turistico-ricreativo erano 15.414, con un fatturato medio di 260.000 euro l'anno per ogni singola impresa concessionaria.

⁵⁴ Più in generale, sul regionalismo differenziato, F. Manganaro, *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2023.

⁵⁵ G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva* cit., 29; G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 81 ss.

⁵⁶ Di recente sul punto, con riferimenti sulle diverse opinioni in dottrina: C. Fragomeni, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in *Giusitainsieme.it*, 22 settembre 2023.

concessionario si trasferiscono nel patrimonio dello Stato, senza alcun indennizzo per chi le ha realizzate.

Sarebbe sufficiente questa norma per escludere ogni tipo di affidamento da parte del gestore uscente, visto che egli doveva già sapere che alla cessazione della concessione le opere realizzate si dovrebbero trasferire allo Stato.

Diversa è la questione ove si faccia valere l'affidamento per una cessazione anticipata della concessione rispetto alla data originariamente stabilita.

Come è noto, l'affidamento è una situazione giuridica che si consolida ove l'amministrazione o altro soggetto pubblico abbia ingenerato con i suoi atti la certezza di un rapporto giuridico, che poi, invece, viene meno. Nel caso che ci occupa tale certezza è tutt'altro che consolidata, poiché la questione relativa alla cessazione della concessione delle spiagge per uso turistico-balneare è oggetto da venti anni di rilievi dell'ordinamento europeo e di sentenze della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato, che negano il rinnovo automatico.

Già le sentenze gemelle del 2021 avevano assunto una posizione molto chiara. Al punto 38 delle sentenze nn. 17 e 18, l'Adunanza plenaria, richiamando la pronuncia della Corte di giustizia del 14 ottobre 2010, C-67/09, affermava che «<qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato>>».

Perciò, sempre secondo la sentenza citata, non sussistono le condizioni per far valere l'affidamento, tanto più che «<prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825)>>».

Tale orientamento viene ribadito nelle più recenti sentenze, anche dopo la vicenda relativa al contrasto giurisprudenziale con le Sezioni unite della Cassazione che, con sentenza 24 ottobre 2023, n. 32559, ha cassato la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 18/2021, ritenendo necessaria l'integrazione del contraddittorio.

Secondo tali più recenti sentenze <<nessun legittimo affidamento dell'appellante può ritenersi sussistente non venendo neppure in rilievo i poteri di autotutela decisoria dell'amministrazione ove solo si consideri che l'atto con cui il Comune di Lavagna ha inizialmente attestato l'avvenuta proroga della concessione ha assunto una valenza meramente ricognitiva, essendo l'effetto di cui si discute scaturito direttamente dalla legge (corsivo nostro)>>⁵⁷.

Peraltro, non si può far valere alcun affidamento degli attuali concessionari, perché l'applicazione della direttiva 2006/123/CE e/o dell'art. 49 T.F.U.E. al settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative <<impone l'immediata apertura del mercato>>, cosicché <<ogni esigenza correlata all'affidamento degli attuali concessionari non può certo giustificare proroghe automatiche o il rinvio delle procedure di gara, ma al massimo può essere valutata al momento di fissare le regole per la procedura di gara ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 12 della stessa Dir. 2006/123/CE (v. Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, nelle cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, par. 52-56)>>⁵⁸.

3.7 Affidamento ed eventuale indennizzo per la cessazione anticipata della concessione

Se l'affidamento non opera per il mantenimento del rapporto, potrebbe invece essere invocato per l'eventuale indennizzo che il concessionario uscente potrebbe ottenere per la cessazione anticipata⁵⁹.

Sul punto, invero, le sentenze appena citate, pur ritenendo la questione non oggetto delle proprie decisioni, si pronunciano in maniera da lasciare aperta la porta alle scelte future del legislatore.

Già le sentenze gemelle del 2021, sulla scorta della decisione *Promoimpresa* della Corte di giustizia, affermano esplicitamente che <<l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VII, 19 marzo n. 2679, par. 5.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479; Cons. Stato, sez. VII, 20 maggio 2024, nn. 4480 e 4481.

⁵⁹ A. Police, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativamente*, 2022, 2, 74 ss.; M. Clarich, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida al Diritto*, 2023, 17, 95 ss.; Id., *Concessioni spiagge, soluzione lontana e resta il rischio della sanzione europea*, *ibidem*, 2023, 39, 12 ss.

i presupposti, essere supportata dal *riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti*, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi (corsivo nostro)>>. Su questa scia si pongono le sentenze successive secondo le quali l'ammortamento degli interventi fatti dal concessionario uscente devono essere "prese in considerazione" nel bandire la nuova gara⁶⁰.

Una più significativa novità si può riscontrare nelle più recenti sentenze del Consiglio di Stato del 2024. Infatti, nel giudicare in ordine alle richieste di indennizzo, tali decisioni non solo le ritengono possibili, ma lo fanno richiamando l'art. 4, c. 2, l. i) della inattuata legge delega 118/2022, secondo cui un principio della futura legge è la <<definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, *posto a carico del concessionario subentrante* (corsivo nostro)>>.

Richiamando i principi della delega, il giudice amministrativo "suggerisce" al legislatore una soluzione che potrebbe soddisfare le parti di un conflitto ventennale, senza contraddire le decisioni della Corte di giustizia: rigettata l'ipotesi di un ristoro per il concessionario uscente a titolo di affidamento, si potrebbe prevedere un indennizzo a carico del concessionario subentrante.

La discussione sull'eventuale indennizzo comporta una valutazione sui costi effettivamente sostenuti dai concessionari, poiché, come sopra dimostrato, i ricavi che lo Stato ottiene da tali concessioni sono irrisori rispetto ai ricavi dei concessionari. Forse anche perché, a differenza di altri Paesi europei come, ad esempio la Grecia, la scarsa capacità di esigere i canoni dovuti sarebbe anche dovuto al fatto che l'ente locale che gestisce la spiaggia non ha interesse a vigilare sul concessionario poiché i ricavi spettano allo Stato⁶¹.

In questa storia viene meno ogni certezza del diritto⁶², per i conflitti tra parlamento e magistratura e tra giurisdizione nazionale e comunitaria che fanno male alla fiducia che i cittadini ripongono nelle tradizionali funzioni dello Stato, sia esso il legislatore, il giudice o il pubblico amministratore.

⁶⁰ Secondo Cons. St., sez. VII, 19 marzo 2024, n. 2679 <<l'ammortamento degli investimenti sostenuti dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, costituire oggetto di considerazione in sede di indizione delle procedure competitive di assegnazione delle concessioni, potendo essere supportato dal riconoscimento di un indennizzo in favore dei concessionari uscenti>>.

⁶¹ In tal senso anche: G. della Cananea, M. De Benedetto, F. Di Lascio, in M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*.

⁶² Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, 297 ss.

Per questo, considerati gli spiragli di novità che si possono cogliere nella giurisdizione più recente, sarebbe il caso che il legislatore nazionale trovasse al più presto una definitiva soluzione.

Addenda. Quando questo lavoro era già stato concluso, il Parlamento, il giorno 6 novembre, ha approvato una legge che proroga fino al 30 settembre 2027 le concessioni demaniali marittime e stabilisce che le nuove procedure di affidamento dovranno essere concluse dai Comuni entro il 30 giugno 2027. Viene altresì previsto che il nuovo concessionario dovrà pagare al concessionario uscente un indennizzo pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, garantendo comunque al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi 5 anni. I criteri per stabilire l'equa remunerazione sono demandati a un decreto del Ministero dei trasporti, di concerto col Ministero dell'Economia e finanze, da adottare entro il 31 marzo 2025.

Vedremo se tale normativa sarà in grado di superare il vaglio dell'Unione europea e della giurisdizione comunitaria e nazionale.

Bibliografia principale

A. Police, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2, 74 ss.

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024.

G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 3/4, 381 ss.

M. Clarich, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida al Diritto*, 2023, 17, 95 ss.

M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1071 ss.

M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011.

M. Gnes (a cura di), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, Milano, 2023.

M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020.

V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., II, Torino, 1987, 273.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a426>

Data de submissão: 30/10/2024

Data de aprovação: 4/12/2024

TRADUÇÃO

Tutela e valorização dos bens públicos, especialmente do domínio público marítimo¹

Tutela e valorizzazione dei beni pubblici, in particolare del demanio marittimo

Protection and enhancement of public goods, especially the maritime public domain

Tutela y valorización de los bienes públicos, especialmente del dominio público marítimo

Francesco Manganaro²

Università Mediterranea di Reggio Calabria (Reggio Calabria, Itália)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8782-3696>

E-mail: francesco.manganaro@unirc.it

Tradução do texto:

Cláudia Vanessa de Jesus Loureiro Cesconⁱ⁻ⁱⁱ

Revisão da tradução:

Frederico Augusto Gomesⁱⁱⁱ

¹ MANGANARO, Francesco. Tutela e valorização dos bens públicos, especialmente do domínio público marítimo. Tradução de Cláudia Vanessa de Jesus Loureiro Cescon. Revisão da tradução: Frederico Augusto Gomes. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 171-200, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a426>.

² Professor de Direito Administrativo na Università Mediterranea di Reggio Calabria e Presidente da *Associazione italiana dei professori di Diritto amministrativo* – AIPDA.

ⁱ Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Nova de Lisboa – UNL (2011). Licenciada em Línguas Estrangeiras Aplicadas (italiano e inglês) pela Universidade Católica Portuguesa – UCP (2002). Certificação Internacional de Língua Estrangeira – C2. Tradutora Pública e Intérprete Comercial Juramentada (italiano), com registro na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul (n. 105), credenciada no STF e outros órgãos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3382734779668438>.

ⁱⁱ A tradução deste artigo para o português, escrito originalmente em italiano, foi encomendada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Assessoria de Assuntos Internacionais – AIN, a pedido da Suprema – Revista de Estudos Constitucionais.

ⁱⁱⁱ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Núcleo de Processo Comparado da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9301556054977762>. E-mail: gomes.fredericoaugusto@gmail.com.

Resumo

A tutela e valorização dos bens públicos é uma questão antiga, mas sempre atual no ordenamento jurídico italiano, uma vez que os seus vários tipos preveem uma disciplina diferenciada e uma gestão confiada a diferentes órgãos. O trabalho, portanto, na primeira parte, analisa as questões relativas à distinção entre bens públicos, o seu regime jurídico diferenciado e a tutela jurisdicional conexa. A segunda parte analisa a regulamentação do uso do domínio público marítimo do Estado para fins turístico-balneares, o que é uma questão bastante controversa, pois a concessão desses ativos nunca ocorreu com licitação, como agora preveem as regras de concorrência da União Europeia (EU). O conflito entre os sistemas jurídicos nacional e europeu deu origem a acórdãos contraditórios e suscitou um debate que ainda não está completamente concluído.

Palavras-chave

Bens públicos; direito administrativo; domínio público marítimo; ordenamento jurídico italiano; União Europeia.

Sumário

1. Introdução. 2. Parte I – A disciplina jurídica dos bens públicos. 2.1 Os bens públicos no ordenamento jurídico italiano. 2.2 Aquisição e perda do domínio público. 2.3 A gestão dos bens públicos. 2.4 Repartição de competências na gestão do domínio público. 2.5 Competência jurisdicional em matéria de concessão de bens públicos. 3. Parte II – O uso do domínio público marítimo para fins turístico-balneares. 3.1 O domínio público marítimo entre o Código Civil e o Código de Navegação. 3.2 A necessidade de alterações normativas após a Diretiva Bolkestein. 3.3 Alusões à legislação de alguns outros países da União Europeia. 3.4 A utilização do domínio público para fins comerciais está sujeita às regras da concorrência. 3.5 A utilização da praia nos planos territoriais e ambientais. 3.6 Questões atuais: a escassez do recurso e o princípio da concessão. 3.7 Confiança e eventual indenização por cessação antecipada.

Riassunto

La tutela e la valorizzazione dei beni pubblici è una questione antica ma sempre attuale nell'ordinamento italiano, visto che la varia tipologia di essi prevede una disciplina differenziata e la gestione affidata ad enti differenti. Il lavoro, perciò, analizza nella prima parte le questioni attinenti alla distinzione dei beni pubblici, il loro diverso regime giuridico e la relativa tutela giurisdizionale. Nella seconda parte si analizza la disciplina dell'uso per fini turistico - balneari del demanio marittimo, che costituisce una questione molto controversa in quanto la concessione di questi beni ai concessionari non è mai avvenuta con una gara, così come ora invece prevede la disciplina dell'Unione europea in materia di concorrenza. Il conflitto

tra l'ordinamento interno e quello europeo ha dato luogo a sentenze contrastanti e sollevato un dibattito non ancora del tutto concluso.

Parole chiave

Beni pubblici; diritto amministrativo; demanio marittimo; ordinamento italiano; Unione Europea.

Sommario

1. Introduzione. 2. Parte I – La disciplina giuridica dei beni pubblici. 2.1 I beni pubblici nell'ordinamento italiano. 2.2 Acquisto e perdita della demanialità. 2.3 La gestione dei beni pubblici. 2.4 Riparto di competenze nella gestione del demanio pubblico. 2.5 La giurisdizione in materia di concessione di beni pubblici. 3. Parte II – L'uso dei beni del demanio marittimo per fini turistico-balneari. 3.1. Il demanio marittimo tra Codice civile e Codice della navigazione. 3.2 L'esigenza di modifiche normative dopo la direttiva *Bolkestein*. 3.3 Cenni alla normativa di alcuni altri Paesi dell'Unione Europea. 3.4 L'uso del demanio per fini imprenditoriali è sottoposto alle regole sulla concorrenza. 3.5 L'uso della spiaggia nei piani territoriali ed ambientali. 3.6 Le questioni attuali: la scarsità della risorsa ed il principio dell'affidamento. 3.7 Affidamento ed eventuale indennizzo per la cessazione anticipata della concessione.

Abstract

The protection and enhancement of public goods is an ancient but always relevant issue in the Italian legal system, as its various types foresee a differentiated framework and management entrusted to different bodies. The first part of this work, therefore, analyzes issues related to the distinction between public goods, their differentiated legal regime, and the associated judicial protection. The second part examines the regulation of the use of the State's maritime public domain for tourism and bathing purposes, which is a highly controversial issue, as the concession of these assets to concessionaires has never been conducted through public tender, as now required by the European Union competition rules. The conflict between the national and European legal systems has led to contradictory rulings and sparked a debate that has yet to be fully concluded.

Keywords

Public goods; administrative law; maritime public domain; Italian legal system; European Union.

Contents

1. Introduction. 2. Part I – The legal discipline of public goods. 2.1 Public goods in the Italian legal system. 2.2 Acquisition and loss of the public domain. 2.3 Management of

public goods. 2.4 Allocation of responsibilities in the management of public domain. 2.5 Jurisdiction competence in matters of public asset concessions. 3. Part II – The use of the maritime public domain for tourist and bathing purposes. 3.1 The maritime public domain between the Civil Code and the Navigation Code; 3.2 The need for regulatory changes following the *Diretiva Bolkestein*; 3.3 References to the legislation of some other European Union countries; 3.4. The use of the public domain for commercial purposes is subject to competition rules; 3.5 The use of the beaches in territorial and environmental plans; 3.6 Current issues: resource scarcity and the principle of concession; 3.7 Trust and potential compensation for early termination.

Resumen

La tutela y valorización de los bienes públicos es una cuestión antigua, pero siempre actual en el ordenamiento jurídico italiano, ya que sus diversos tipos prevén una disciplina diferenciada y una gestión confiada a diferentes órganos. El trabajo, por lo tanto, en la primera parte, analiza las cuestiones relativas a la distinción entre bienes públicos, su régimen jurídico diferenciado y la tutela jurisdiccional conexas. La segunda parte analiza la regulación del uso del dominio público marítimo del Estado para fines turístico-balnearios, lo que es una cuestión bastante controvertida, ya que la concesión de estos activos a los concesionarios nunca se ha realizado mediante licitación, como ahora prevén las reglas de competencia de la Unión Europea. El conflicto entre los sistemas jurídicos nacional y europeo ha dado lugar a fallos contradictorios y ha suscitado un debate que aún no está completamente concluido.

Palabras clave

Bienes públicos; derecho administrativo; dominio público marítimo; ordenamiento jurídico italiano; Unión Europea.

Índice

1. Introducción. 2. Parte I – La disciplina jurídica de los bienes públicos. 2.1 Los bienes públicos en el ordenamiento jurídico italiano. 2.2 Adquisición y pérdida del dominio público. 2.3 La gestión de los bienes públicos. 2.4 Reparto de competencias en la gestión del dominio público. 2.5 Competencia jurisdiccional en materia de concesión de bienes públicos. 3. Parte II – El uso del dominio público marítimo para fines turístico-balnearios. 3.1 El dominio público marítimo entre el Código Civil y el Código de Navegación. 3.2 La necesidad de modificaciones normativas tras la Directiva Bolkestein. 3.3 Alusiones a la legislación de algunos otros países de la Unión Europea. 3.4 La utilización del dominio público para fines comerciales está sujeta a las reglas de competencia. 3.5 La utilización de la playa en los planes territoriales

y ambientales. 3.6 Cuestiones actuales: la escasez del recurso y el principio de concesión. 3.7 Confianza y eventual indemnización por cesión anticipada.

1. Introdução

A questão da concessão das praias para fins turístico-balneares³ continua ocupando o legislativo, os tribunais⁴ e a doutrina sem encontrar uma solução definitiva.

As presentes notas não pretendem nem podem dar respostas que caberiam ao legislador, mas apenas examinar alguns aspectos da complexa história para tentar identificar se é possível levantar hipóteses sobre alguma possível novidade para uma necessária solução normativa⁵.

2. Parte I – A disciplina jurídica dos bens públicos

2.1 Os bens públicos no ordenamento jurídico italiano

No ordenamento jurídico italiano, como é sabido, a Constituição atribui a propriedade dos bens tanto a entidades públicas quanto privadas. De acordo com a doutrina⁶, a distinção é apenas descritiva, uma vez que, em um sistema econômico misto, a propriedade pode pertencer tanto ao setor público quanto ao privado. A norma constitucional não é, portanto, inovadora do ordenamento jurídico, mas apenas traça uma opção política de um sistema que atribui o direito de propriedade

³ Sobre as concessões de bens públicos e a relação entre o ordenamento jurídico da União Europeia e o nacional, veja-se: G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra misura e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 3/4, 381 e segs.; Id., *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale, Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. 2, ed. 2, 2007, 827 e segs.; Id., *La direttiva in materia di “concessioni”*, 2015, 5, 1095 e segs.; Id., *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n.º 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3/4, 505 ss.

⁴ Mais recentemente: Tribunal Constitucional, 16 de abril de 2024, n.º. 109. O aspecto mais surpreendente deste acórdão é que o Governo, para demonstrar a ilegitimidade constitucional de uma lei da Região da Sicília, que previa a prorrogação das concessões até 2033, remete-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Conselho de Estado, em clara contradição com as prorrogações que ele próprio emitiu. Entre os últimos julgamentos do juiz administrativo: Cons. Stato, sec. VII, 19 de março de 2024, n.º 2679; Conselho de Estado, Seção VII, 20 de maio de 2024, n.º 4479; Cons. Stato, sec. VII, 20 de maio de 2024, nos. 4480 e 4481.

⁵ Sobre este ponto, recentemente: M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, Milão, 2023.

⁶ V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, em *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., II, Torino, 1987, 273.

a entidades públicas e privadas, negando hipótese de propriedade coletiva e solução totalmente liberal.

A disciplina sobre os bens pode ser encontrada no Código Civil de 1942, que, além disso, tem um antecedente no Código Napoleônico de 1804 e no subsequente Código Civil de 1865.

Como é sabido, a categoria de bens públicos nasceu quando as revoluções burguesas afirmaram o direito de propriedade privada como pré-requisito para a cidadania, de modo que não apenas os bens pertencentes ao monarca se tornaram “públicos”, mas também os bens destinados ao uso de todos e, portanto, excluídos do circuito da comerciabilidade.

Portanto, mesmo no Código Civil italiano, existem bens reservados à propriedade do Estado ou de outros órgãos públicos (art. 822 e segs.) no sentido de que só podem pertencer a eles e, por isso, são inalienáveis e insuscetíveis de usucapião. A identificação desses bens pode ser encontrada no Código Civil, mas a disciplina relativa ao seu uso encontra-se nas leis administrativas, que atribuem finalidades públicas a tais bens.

Para além dos bens destinados por lei ao Estado ou a organismos públicos, existem outros que não são necessariamente públicos, mas que assim se tornam por destinarem-se a funções e serviços de natureza pública, pelo que, tal como o domínio público^{iv}, não podem ser desafetados de sua destinação, salvo nas formas estabelecidas pelas leis que lhes dizem respeito (art. 828, Código Civil).

Assim, o termo “bem público” designa aqueles bens que, embora previstos e regulados no Código Civil, estão sujeitos a um regime jurídico especial por serem considerados bens com finalidade pública geral, derogando, assim, a legislação de direito comum e limitando os poderes e faculdades dos titulares desses direitos.

Pode haver uma distinção adicional dos bens de domínio público. De acordo com o art. 822 do Código Civil, fazem parte do *domínio público necessário* a costa, a

^{iv} O artigo trata do *demanio marittimo*, ou seja, de bens pertencentes à categoria dos bens públicos italianos denominada *demanio*. Dentre os bens públicos, os bens integrantes do *demanio* se contrapõem aos bens *patrimoniais indisponíveis* e não se identificam com nenhuma classificação dos bens públicos no direito brasileiro, não podendo ser equiparados a bens dominicais, de uso comum do povo ou de uso especial. Por essa razão, optou-se por traduzir o termo, ao longo de todo o texto, como “domínio público”, mantendo uma maior fluidez na leitura, em vez de utilizar neologismo para representar a peculiaridade classificatória. Assim, em todas as oportunidades que o texto fizer menção a “domínio público”, deve-se compreender que se trata de menção aos bens *demaniali* ou integrantes do *demanio*. [N.T.]

praia, os ancoradouros e os portos; os rios, córregos, lagos e outras águas definidas como públicas pelas leis sobre a matéria, as obras destinadas à defesa militar. Por outro lado, estradas, autoestradas e caminhos-de-ferro, aeródromos, aquedutos, edifícios reconhecidos como de interesse histórico, arqueológico e artístico, coleções de museus, galerias de arte, arquivos e bibliotecas são considerados *excepcionalmente de domínio público*, uma vez que também podem pertencer a particulares. Nesses casos, a propriedade também pode permanecer na esfera jurídica de um sujeito privado, mas a administração pode impor limites ou restrições ao uso da propriedade.

Além disso, os bens de domínio público podem ser divididos em bens naturais ou artificiais – os primeiros existem na natureza, enquanto os últimos são o resultado da atividade humana.

O Código Civil prevê, além da categoria de bens de domínio público, a de bens indisponíveis. De acordo com o art. 826, §2º, do Código Civil, “o patrimônio indisponível do Estado inclui as florestas (que, de acordo com a legislação aplicável, constituem domínio público florestal), minas, pedreiras e turfeiras (quando a disponibilidade é retirada do proprietário da terra), coisas de interesse histórico, arqueológico, paleológico, paleontológico e artístico, por qualquer pessoa e de qualquer forma encontrado no subsolo [...]. Os bens indisponíveis do Estado ou, respectivamente, das províncias e municípios, consoante o seu pertencimento, incluem os edifícios destinados a repartições públicas, com o seu mobiliário, e outros bens destinados a um serviço público”.

De acordo com o art. 823 do Código Civil, as características dos bens de domínio público são a não comercialização (ou seja, inalienabilidade, vedação a expropriações, vedação à constituição de direitos reais de garantias e subtração às execuções, bem como impossibilidade de aquisição por usucapião) e a possibilidade de a administração pública exercer, também pela via administrativa, a autotutela.

Por outro lado, no que diz respeito aos bens do patrimônio indisponível, o art. 828, §2º, do Código Civil, prevê que eles também possam ser objeto de alienação, a menos que isso envolva a subtração do destino público que os vincula.

Na verdade, a diferença entre os dois regimes, como demonstrado pela doutrina e jurisprudência, é muito tênue. De fato, algumas leis setoriais preveem a indisponibilidade absoluta de alguns bens do patrimônio indisponível, como minas, pedreiras e turfeiras, independentemente dos casos em que, em decorrência da alienação, possam realmente ser desafetados de sua destinação. Além disso, é complexo,

ao menos concretamente, identificar casos de alienação de bens indisponíveis (ou de constituição de direitos reais a favor de terceiros) cujas condições sejam tais a ponto de não afetar negativamente a utilização coletiva ou administrativa. Com efeito, não se compreende de que forma uma ação de execução de um bem público poderia terminar sem comprometer o vínculo de destinação.

Por conseguinte, em última análise, a constatação de que os bens do patrimônio indisponível são, em determinadas condições, alienáveis, usucapíveis e suscetíveis de execução forçada, revela-se inadequada, como demonstrado pelas considerações que acabam de ser feitas⁷.

A jurisprudência aproximou ainda mais o regime dos bens de domínio público e o dos bens patrimoniais indisponíveis, estendendo a este último os poderes de autotutela executiva que, de acordo com o art. 823, §2º, do Código Civil, caberiam à administração apenas para os bens de domínio público. A autotutela pode ser uma atividade decisória, quando assume a forma de atos administrativos (por exemplo, cancelamento ou revogação de concessões), ou executiva, quando prevê meios para a realização de medidas administrativas relativas a bens públicos (por exemplo, despejos *ex officio*).

De fato, o limite incerto entre bens de domínio público e bens patrimoniais indisponíveis também influencia o debate sobre a autotutela executiva, explicitamente prevista apenas para bens de domínio público. Duas opiniões diferentes são comparadas sobre esse ponto: uma argumenta que o art. 823 do Código Civil tem aplicação geral, de modo a estender a autotutela aos bens patrimoniais indisponíveis⁸; a outra considera que a autotutela executiva tem caráter excepcional e limita o seu alcance apenas aos casos de bens de domínio público.

Em conclusão, para além das distinções formais do Código, os bens de domínio público e os bens do patrimônio indisponível estão efetivamente sujeitos a um regime unitário, razão pela qual a doutrina os considera uma única categoria.

⁷ M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*. Milão, 2004.

⁸ Cons. St., sent. 5934/2019.

2.2 Aquisição e perda do domínio público

No que diz respeito à aquisição do domínio público, na ausência de disposições específicas do Código Civil, a doutrina distinguiu, como mencionado, domínio público natural do Estado e domínio público artificial do Estado⁹.

Para os bens pertencentes à primeira, a aquisição do domínio público ocorre pelo fato jurídico e natural da existência, pois esses bens possuem naturalmente os elementos exigidos por lei para trazê-los à esfera do domínio público (como as águas e as praias). Os bens que compõem o domínio público artificial, por outro lado, são obras do homem, portanto, por serem bens públicos, é necessário que sejam construídos ou transformados e destinados, formalmente ou pelo menos de fato, ao uso público¹⁰. Além disso, embora a administração pública inclua bens no rol do domínio público, a inclusão e sua publicação não determinam, por si só, a aquisição da qualidade de bens de domínio público, uma vez que a jurisprudência reconhece esses atos como meramente enunciativos¹¹.

Por outro lado, é possível extinguir o domínio público, com a transferência de bens para o patrimônio indisponível, com a cessação da sujeição ao regime jurídico da não comerciabilidade. Isso está previsto no art. 829 do Código Civil, o qual estabelece que a transferência do domínio público para o patrimônio deve ser declarada pela autoridade administrativa e que o ato deve ser publicado no Diário Oficial da República. No entanto, não há indicações sobre a eficácia declaratória ou constitutiva da declaração de exclusão do domínio público e, além disso, não está excluída a possibilidade de que exclusão do domínio público seja tácita devido a uma desfetação de fato pela administração pública.

Em particular, no que se refere ao domínio público natural, assim como para a sua aquisição, também é permitida a perda de fato do domínio público como resultado de eventos naturais que a administração pública só pode verificar e declarar. Logo, para essa categoria de bens, a extinção do domínio público pode ocorrer por deterioração, destruição ou desnaturação da coisa¹², intervindo em situações independentes

⁹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*. Milão, 2024.

¹⁰ Nesse ponto, a doutrina se divide, sendo diferente a posição adotada quanto à necessidade de adoção de ato administrativo explícito de destinação do bem.

¹¹ Cass., Sec. un., 30 de abril de 2008, n.º 10876; Cass., 9 de novembro de 2009, n.º 23705; Cass., Sec. un., 15 de janeiro de 1987, n.º 245; Cass., 20 de fevereiro de 2001, n.º 2471; Cass., S.U., 8 de março de 1996, n.º 1831.

¹² E.O. Querci, *Sdemianializzazione*, em *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2005, 671 ss.

da vontade da administração, as quais determinam a perda das características do bem previstas por lei para pertencer ao domínio público. Nesses casos, a administração pública se limita a reconhecer as situações de mudança por meio de atos declaratórios¹³. No que se refere ao domínio público artificial, por outro lado, após escolhas administrativas discricionárias, é exigido da administração pública um provimento expresso e formal de cessação do domínio público, dando-lhe efeito constitutivo.

Na ausência das formalidades previstas na lei sobre o tema, a exclusão de um bem de domínio público só é admitida na presença de atos e/ou fatos conclusivos que impliquem a vontade da administração pública de desafetar o imóvel da destinação pública e renunciar definitivamente à sua nova afetação, excluindo-se o seu desuso prolongado pelo órgão público proprietário ou a tolerância observada por este em relação a uma ocupação por particulares¹⁴.

As disposições contidas no art. 829 do Código Civil limitam-se a impor à administração um mero dever jurídico no interesse da segurança das situações jurídicas, sem permitir que prevaleça um elemento formal sobre a constituição do domínio público¹⁵.

Uma exceção é feita – como veremos mais adiante – para domínio público marítimo, cuja exclusão do domínio público, conforme estabelecido pelo art. 35 do Código de Navegação¹⁶, “jamais pode ocorrer tacitamente”¹⁷. Nesse caso, de fato, ao contrário do que está previsto no art. 829 do Código Civil, a exclusão do domínio público só pode ser implementada de forma expressa por meio de uma disposição específica, de natureza constitutiva, pela autoridade administrativa competente.

Qualquer decisão de alienação de bens imóveis do domínio público cabe aos serviços locais da Agência do Domínio Público, prevendo também o exercício do

¹³ L. Mercati, art. 829, in *Commentario del Codice civile*, editado por E. Gabrielli, Torino, 2012; M. Renna, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, editado por S. Cassese, I, Milano, 2006.

¹⁴ Entre outros, Cass., 19 de fevereiro de 2007, nº 3742, no *banco de dados DeJure*.

¹⁵ Assim, E.O. Querci, *Sdemanializzazione*, op. cit., 674, recordando, entre outros, Cass., 15 de maio de 1962, nº 1045; Cass., 13 de fevereiro de 1967, nº 362; Cass., 5 de agosto de 1977, nº 3556.

¹⁶ Art. 35.º do Código de Navegação (exclusão de áreas do domínio público marítimo), “As áreas de domínio estatal que não são consideradas utilizáveis pelo chefe do departamento para uso público do mar são excluídas do domínio público marítimo por decreto do Ministro dos Transportes e Navegação em acordo com o Ministro das Finanças”.

¹⁷ Cass. Civ., Sec. II, sentença nº 2323 de 2 de março de 2000, em *Giust. civ. Mass.*, 2000, segundo o qual “*La sdemanializzazione di un bene appartenente al demanio marittimo non può mai avvenire tacitamente, ai sensi dell'art. 35 cod. Nav.*”; em sentido semelhante, Cass., 28 de setembro de 2011, nº. 19792, in *Banca Dati DeJure*.

direito de opção, nos termos do artigo 1.º, § 437, da Lei n.º 311/2004¹⁸. Nessa situação, a Agência notificará as autoridades locais competentes (município, província, cidade metropolitana, região) da intenção de alienação do bem, convidando-as a exercerem o eventual direito de opção, que permite a compra do bem por essas entidades.

2.3 A gestão dos bens públicos

Os bens de domínio público, como acabamos de ver, são administrados por uma agência nacional específica, que é responsável pela gestão, racionalização e valorização do patrimônio imobiliário do Estado, incluindo bens imóveis de uso governamental, patrimônios disponíveis e domínio público histórico-artístico¹⁹.

A Agência de Domínio Público foi criada após a divisão das funções do Ministério das Finanças em quatro agências fiscais: Agência Tributária, Agência Territorial, Agência Aduaneira e Agência de Domínio Público.

A Agência Tributária não só protege como promove a valorização e a recuperação de todo o patrimônio imobiliário público, em sinergia com as instituições e os entes territoriais, identificando também estratégias e ferramentas inovadoras e participativas. O objetivo é contribuir para o desenvolvimento do tecido econômico-produtivo, social e cultural do país e reduzir o gasto público, maximizando o valor dos bens e otimizando os espaços utilizados pelas administrações públicas.

Atualmente a referida agência gere uma carteira de mais de 45.000 bens no valor de cerca de 60 bilhões de euros. Ela persegue a satisfação do interesse público utilizando critérios de economia e de criação de valor econômico e social na gestão do patrimônio imobiliário do Estado. O Ministério da Economia e Finanças supervisiona as atividades da agência ditando as diretrizes por meio da lei de política trienal, enviada anualmente pelo ministro.

Os órgãos da Agência são os seguintes: o diretor, comitê executivo e conselho fiscal. A Agência está igualmente sujeita ao controle do Tribunal de Contas, que participa das reuniões do comitê executivo por meio de um membro do Tribunal

¹⁸ *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Lei das Finanças de 2005), in G.U.R.I. Série Geral n.º 306 de 31-12-2004 - Suplemento Ordinário n.º 192.

¹⁹ Todos os dados sobre a Agência de Domínio Público são extraídos do *site* oficial da Agência de Domínio Público em www.agenziademano.it, 2022.

encarregado do controle. A Agência promove intervenções relacionadas à autonomia e autoprodução energética de edifícios públicos, bem como à redução do consumo de solo. Por fim, promove um modelo inovador de repartições públicas para uma administração pública moderna e digital e apoio às entidades locais na regeneração urbana, requalificação e refuncionalização de imóveis públicos.

Os objetivos que se pretende alcançar são: cuidar do patrimônio do Estado, criando valor para a coletividade e gerando impactos positivos para a economia do país²⁰; realizar intervenções imobiliárias no portfólio imobiliário do Estado ou, em qualquer caso, em uso pelas administrações do Estado²¹; valorizar o patrimônio imobiliário do Estado e dos entes públicos territoriais e não territoriais²²; e coordenar projetos de desenvolvimento de infraestruturas no País²³. Finalmente, a Agência de Domínio Público está organizada em uma diretoria central e meios operacionais locais.

2.4 Repartição de competências na gestão do domínio público

No contexto do federalismo fiscal, foi introduzido o conceito de federalismo do domínio público, o qual estabelece que os bens pertencentes ao domínio público podem ser atribuídos a órgãos públicos locais a seu pedido.

Durante a fase transitória do processo de transferência de funções e tarefas administrativas, surgiram vários litígios entre o Estado e as regiões quanto e às suas competências.

No que diz respeito à transferência de competências relativas ao domínio público marítimo, foram levantadas dúvidas interpretativas, em parte devido à contínua evolução normativa e à relutância das administrações em renunciar às suas competências tradicionais, especialmente no que diz respeito aos portos. Só após várias decisões do Tribunal Constitucional, incluindo a n.º 344/2007²⁴, foi definitivamente clarificado o novo quadro normativo, incluindo portos de interesse regional e inter-regional. As competências relativas ao exercício das funções

²⁰ Lei n.º 191/2009 (Orçamento 2010).

²¹ Decreto Legislativo n.º 98/2011.

²² D.L. n. 351/2001; D.P.R. n. 296/2005; D.L. n. 98/2011; D.L. n. 83/2014.

²³ *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*. Lei n.º 232/2016 art. 1.º, § 140, (GU Série Geral, n.º 297 de 21.12.2016).

²⁴ Tribunal Constitucional, acórdão n.º 344/2007, sobre propriedade marítima portuária.

administrativas em portos de segunda categoria, classe III (portos de interesse regional e inter-regional com função turística e pesqueira), são de responsabilidade das regiões e, por força do princípio da subsidiariedade, dos municípios.

De particular interesse para o tema sobre o qual tratamos é o acórdão do Tribunal Constitucional, que estabeleceu a competência das autoridades locais para as concessões do domínio público marítimo em portos turísticos e comerciais de importância econômica regional e inter-regional²⁵. Essa é uma consequência direta do quadro normativo delineado pela Lei Constitucional n.º 3/2001, que alterou o Título V da Constituição, segundo o qual os municípios passam a ser titulares de funções administrativas sobre o domínio público marítimo, incluindo a portuária, anteriormente confiada às autoridades portuárias²⁶.

Numerosas regiões, por meio de várias leis locais, delegaram aos seus municípios costeiros o exercício de todas as funções administrativas relacionadas ao domínio público marítimo, definindo bens de domínio público como aqueles listados no art. 822 do Código Civil e no art. 28 do Código de Navegação. Essa atribuição de funções administrativas aos municípios insere-se em um princípio organizativo do Estado que visa aproximar dos cidadãos a gestão dos bens de interesse público e evitar a centralização burocrática do Estado.

Atualmente, os municípios são responsáveis por diversas funções administrativas sobre o domínio público marítimo, incluindo a emissão de concessões, a sua renovação²⁷ e a alteração do seu conteúdo²⁸, enquanto algumas funções, como a delimitação²⁹ e a exclusão de áreas do domínio público marítimo, permanecem sob a responsabilidade do Estado e são confiadas às autoridades portuárias.

No que diz respeito ao domínio público hídrico, considera-se útil relatar uma síntese da legislação que identifica as competências e atividades para a gestão do domínio público hídrico e fluvial pelos órgãos públicos.

²⁵ Tribunal Constitucional, acórdãos n.º 90/2006 *Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti* e n.º 255/2007 *Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti*.

²⁶ Lei Constitucional n.º 3 de 18 de outubro de 2001 *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*.

²⁷ Art. 36.º, Cod. Nav.

²⁸ Art. 24, Regulamentos para a Implementação do Código de Navegação.

²⁹ Art. 32, Cod. Nav.

É relevante mencionar as normas do Decreto-Real 523/1904, do Decreto-Real 368/1904 e do Código Civil. O primeiro, no que diz respeito às intervenções no domínio público hídrico, prevê que, para o planejamento das intervenções, a competência das regiões, a gestão é confiada às províncias, incluindo a emissão de concessões, enquanto a construção de obras em centros habitados é competência dos municípios e particulares (art. 10); para obras fora das áreas urbanas, os proprietários limítrofes são responsáveis (art. 12); e, para obras rodoviárias e ferroviárias, são responsáveis os entes proprietários e/ou gestores de travessias ou estradas ao longo de leitos de rios (art. 12)³⁰. O Decreto-Real 368/1904, no art. 140, § 1, atribui as seguintes obrigações aos proprietários ou arrendatários das terras incluídas no perímetro de uma drenagem: a) manter sempre bem purgadas as valas que circundam ou dividem as referidas terras, os vãos das pontes e as saídas nos coletores de drenagem; b) abrir todas as valas novas que sejam necessárias para o escoamento regular das águas, que são recolhidas em tais terrenos; c) arrancar, nos meses de abril e setembro, todas as ervas que crescem nas ditas valas; f) remover imediatamente árvores, troncos e galhos grandes de suas plantações laterais até os canais e estradas de drenagem, que, devido a rajadas de vento ou por qualquer outra causa, caem nos cursos d'água ou no piso de rodagem das referidas estradas³¹. Já o Código Civil intervém atribuindo aos proprietários dos terrenos as seguintes atribuições no domínio da hidráulica fluvial: reparação de margens e aterros (art. 915), remoção de escombros (art. 916) e custos de reparação, construção ou remoção (art. 917).

Por fim, está incluído, no domínio público necessário, o domínio público militar, cuja competência é delineada pelo artigo 231 do Código do Ordenamento Militar³². Prevê-se que as obras destinadas à defesa nacional, aeroportos militares, alojamento de serviço para militares construídos em áreas localizadas dentro de bases, unidades, instalações militares ou colocadas ao seu serviço direto e funcional, pertençam ao domínio público militar do Ministério da Defesa. Este provê a compra, administração, melhoria e alienação, bem como a alienação dos bens de domínio público militar, sem prejuízo às atribuições exigidas pelas leis e pelos regulamentos vigentes no Ministério das Finanças.

³⁰ Decreto-Real nº 523 de 25 de julho de 1904. *Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie.*

³¹ Decreto-Real nº 368 de 8 de maio de 1904. *Regolamento sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi.*

³² O Código do ordenamento militar foi emanado pelo Decreto Legislativo n.º 66, de 15 de março de 2010, e regula a organização, o funcionamento e as tarefas da defesa militar e das forças armadas.

2.5 Competência jurisdicional em matéria de concessão de bens públicos

O art. 133, §1, letra b, do Código de Processo Administrativo de 2010, atribui o conhecimento das “controvérsias relativas a atos e provimentos concernentes à concessão de bens públicos” à competência exclusiva do juiz administrativo, exceto no que diz respeito aos litígios relativos a indenizações, taxas e outras contrapartidas, bem como à indenização por danos por inadimplemento.

Como salientou o Conselho de Estado, os bens públicos são tais porque prevalece o regime público e, por isso, para as controvérsias relativas à concessão desses, remete-se ao art. 133 do Código da administração pública que acabamos de citar³³.

O segundo parágrafo do art. 133 do Código da administração pública não especifica a qual juiz são atribuídas as questões sobre indenizações. Para colmatar essa lacuna, deverá ser adotado, necessariamente, o critério ordinário de repartição de competências, verificando se o montante da taxa, indenização ou contraprestação está fixado pela lei de forma vinculativa ou se a lei confere à administração pública um poder discricionário, configurando direito subjetivo ou de interesse legítimo.

Há uma tese que sustenta, por outro lado, que a jurisdição exclusiva do juiz administrativo serve para evitar a duplicação de jurisdição, uma vez que, na figura do contrato-concessão, existe um componente de provimento e um contratual. Portanto, a jurisdição exclusiva do juiz administrativo também absorveria disputas relativas à fase executiva do contrato e questões sinalagmáticas. Esta última hipótese, no entanto, parece estar em contraste com o teor literal do art. 133 do Código da administração pública.

Nesse contexto, é também útil fazer referência ao significativo e recente acórdão de 14 de junho de 2023, n.º 5829, com o qual o conselho de estado, seção VII, se pronunciou sobre a repartição de competências em matéria de concessões de domínio público marítimo. O caso surgiu na sequência da impugnação, por uma empresa concessionária de determinada área do domínio público marítimo, de atos pelos quais o município de Ugento tinha solicitado o pagamento da taxa de domínio público e do imposto regional adicional relativo ao ano de 2021. Com efeito, a empresa contestou a obrigação de pagar as quantias correspondentes, tal como

³³ Cons. de Estado, seção IV, 17 de março de 2020, n.º 8100.

quantificadas pelo Município, alegando que, no caso em apreço, existiriam as condições para a aplicação de uma taxa de mero reconhecimento.

A atenção do Tribunal Administrativo Regional da Apúlia e do conselho de estado concentrou-se unicamente nos critérios relativos à competência. O critério de identificação do juiz competente, nesse caso, fazia referência ao art. 133, § 1, alínea b) do Código do Processo Administrativo. Em princípio, os litígios com conteúdo patrimonial permanecem fora da competência exclusiva do tribunal administrativo, no entanto, isso não é suficiente para impedir que litígios semelhantes, em alguns casos, possam ainda dizer respeito à competência geral de legitimidade do próprio juiz administrativo.

Durante o processo em primeira instância, o Tribunal Administrativo Regional da Apúlia declarara-se incompetente, considerando que o litígio deveria ter sido devolvido ao tribunal comum, dizendo respeito ao *montante* da taxa a pagar, e não ao exercício de poderes de autoridade ou discricionários pela administração. Em vez disso, o Conselho de Estado deu provimento ao recurso proposto pela sociedade concessionária, afirmando existir competência do juiz administrativo e remetendo o julgamento ao Tribunal Administrativo Regional da Apúlia para seu prosseguimento. Em última análise, segundo o Conselho de Estado, a empresa, com sua impugnação, contestou a administração por um mau exercício de seu poder no que diz respeito ao mérito da concessão do domínio público, o que teria levado à definição de uma taxa de reconhecimento muito mais limitada do que a exigida pelo município. Na verdade, o art. 39, § 2, do Decreto-Real n.º 327, de 30 de março de 1942 (Código da Navegação), estabelece que “nas concessões a entidades públicas ou privadas, para fins de utilidade pública ou para outros fins de interesse público, são estabelecidas taxas pelo mero reconhecimento do caráter de domínio público dos bens”.

Em última análise, a impugnação contra a administração pública dizia respeito a apreciações técnico-discricionárias, que são conteúdos específicos das matérias confiadas à competência exclusiva do juiz administrativo. O conhecido acórdão n. 204, do Tribunal Constitucional, de 6 de julho de 2004, já tinha esclarecido que as matérias sujeitas à competência exclusiva do juiz administrativo são marcadas “pela circunstância de a administração pública agir como autoridade contra a qual é concedida proteção ao cidadão perante o tribunal administrativo”. As eventuais consequências na quantificação da taxa, portanto, representam um aspecto subordinado à correta qualificação da relação de concessão, inadequado para fundamentar a competência do tribunal comum.

3. Parte II – O uso dos bens de domínio público marítimo para fins turístico-balneares

3.1 O domínio público marítimo entre o Código Civil e o Código de Navegação

Como referido no início deste trabalho, a utilização do domínio público marítimo para fins turístico-balneares deu origem a uma questão longa e ainda por resolver que provocou um conflito entre os sistemas jurídicos europeu e nacional³⁴.

A disciplina jurídica doméstica já é complexa, pois o uso de um domínio público marítimo está sujeito tanto ao regime de concessão previsto pelo Código Civil quanto à disciplina prevista pelo Código de Navegação. As contradições normativas já estão presentes nessa dupla regulamentação, mas tornam-se evidentes – como veremos – quando o legislador e a jurisprudência euro-unitária atribuem às concessões turístico-balneares a natureza de serviço e, como tal, sujeitas ao regime da concorrência.

Como já vimos, os art. 822 e 823 do Código Civil identificam o que se deve entender por domínio público e a sua disciplina. De acordo com o primeiro artigo acima citado, fazem parte do domínio público “a costa, a praia, os ancoradouros e os portos”, que, como todos os bens do domínio público, são inalienáveis e imprescritíveis e só podem ser cedidos a terceiros nas formas estabelecidas por lei.

³⁴ Entre as muitas obras sobre este ponto: M. De Benedetto, *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bolonha, 2011; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica concorrenziale e principi di diritto interno in tema di cessione di beni pubblici*, Nápoles, 2017; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Turim, 2020; G. Colombini, *Beni pubblici, gestione patrimoniale, concessioni demaniali*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 675 ss.; F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, em *Dir. amm.* 4, 2022, 1037 ss.; M. Renna, A. Giannelli, *Concessioni balneari: l'onda lunga della disapplicazione raggiunge anche il milleproroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2023, 638 e segs.; A. Florio, *Le concessioni demaniali marittime tra vecchia disciplina e auspicata riforma alla luce degli interventi dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2023, 997 e segs.; D. Granara, *Le concessioni balneari tra le Corti e il Legislatore, dialoghi o monologhi?*, em *Giur. it.*, 2023, 2710 ss.; Id., *Le concessioni balneari al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, em *Giur.*, 2024, 884 e segs.; G. Marchegiani, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urb e app.*, 1, 2024, 5 e segs.; G. Mari, *Demanio costiero e uso generale: la "scarsità della risorsa naturale"* (nota para TAR Puglia, Lecce, n.º. 1223 e 1224 de 2023), em *Giustiziainsieme.it*, 7 de fevereiro de 2024; G. Fornabaio, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili applicativi, criticità e prospettive di regolazione*, em *Amministrativamente.it*, 2, 2024, 774 ss. Destaca-se também o número especial da Revista *Diritto e Società*, n.º 3, 2021.

Todavia o domínio público marítimo, como mencionado, não está apenas sujeito às regras dos bens públicos, mas também ao Código de Navegação, com todas as interseções complexas entre as duas disciplinas.

O revogado art. 37 do Código de Navegação reconheceu o direito da concessionária de insistir na área de domínio público abrangida pela nova concessão, enquanto o art. 49 ainda hoje prevê que, após o término da concessão, salvo disposição em contrário, as obras realizadas pela concessionária são transferidas para o patrimônio do Estado, sem qualquer indenização para quem as executou³⁵.

A publicação da Diretiva 2006/123/CE (a chamada Diretiva Bolkestein)³⁶ rasga o véu sobre uma questão que o legislador tinha negligenciado: a utilização da praia pode não ter uma finalidade econômica, como no caso da pesca amadora ou dos banhos livres, mas tem uma clara conotação empresarial quando é objeto de concessão turística balnear, com a consequência de ser, nesse caso, sujeita às regras da concorrência.

Além disso, a indicação recebida pelo legislador italiano de seguir a diretiva Bolkestein põe a nu a negligência da nossa administração estatal, que não só permite a prorrogação indefinida das concessões, como nem sequer é capaz de obter uma compensação econômica adequada para o erário público por parte dos concessionários³⁷.

³⁵ De acordo com o art. 49 do Código de Navegação, "salvo disposição em contrário no ato de concessão, quando a concessão cessar, as obras inamovíveis, construídas na área de domínio público, são adquiridas pelo Estado, sem qualquer compensação ou reembolso, sem prejuízo do direito da autoridade concedente de ordenar a sua demolição com a devolução do imóvel de domínio público ao seu estado original". Recorde-se que a Seção VII do Conselho de Estado, com o Despacho n.º 8010 de 15 de setembro de 2022, suscitou uma questão preliminar sobre a interpretação do art. 49, ainda pendente no processo C-598/22, uma vez que a regra, que nunca foi aplicada, parece ser uma espécie de expropriação sem indenização.

³⁶ Veja-se, entre as muitas contribuições sobre este ponto: M. MAGRI, "Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia UE, em *Riv. trim. dir. amm.*, 2016, 4, 359 ss.; M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, 1071 ss.

³⁷ Os dados são muito incertos tanto no que diz respeito ao número de concessões como ao montante das taxas de concessão recebidas pelo Estado. Para uma análise interessante e atual sobre este ponto: R. Arcano, M. Bordignon, A. Capacci, *La triste saga delle concessioni balneari*, in *Osservatorio dei conti pubblici italiani*, 15 de dezembro de 2023. No seu acórdão sobre o relatório do Estado relativo ao ano de 2023, o Tribunal de Contas recorda a necessidade de recorrer a concursos para concessões balneares, também para obter a contrapartida devida do concessionário.

3.2 A necessidade de alterações normativas após a Diretiva *Bolkestein*

A emissão da diretiva Bolkestein dá início a um caso paradoxal que envolve os legisladores euro-unitários e nacionais, bem como as respectivas jurisdições: a Corte de Justiça europeia e, no nosso país, o Tribunal Constitucional, o Conselho de Estado e, por último, as seções unidas do Tribunal da Cassação.

A inércia mantida pelo legislador nacional, após a emissão da diretiva, levou a Comissão Europeia a instaurar um processo de infração contra o nosso país (n.º 2008/4908), que foi depois arquivado porque o legislador, com o art. 1, § 18 do Decreto Legislativo n.º 194/2009, revogou o direito de insistência previsto no art. 37 do Código de Navegação, mas também previu que, enquanto se aguarda a emanação de uma lei que regulamente o setor, as concessões que expirassem seriam automaticamente prorrogadas até o final do ano de 2020.

O legislador não avançou com uma nova regulamentação, mas com uma série de prorrogações de concessões por expirar.

Embora a Corte de Justiça tenha reiterado, nos processos apensados C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl* e *Mario Melis*, a obrigação de aplicar as regras relativas aos serviços, o legislador nacional prorrogou por mais quinze anos a validade das concessões de bens de domínio público para utilização turístico-balnear (artigo 1, § 682 e 683 da Lei n. 145 de 2018) até ao final do ano de 2033.

Essa disposição foi considerada contrária ao direito da União Europeia pelos chamados acórdãos gêmeos do Conselho de Estado n.º 17 e 18, de 9 de novembro de 2021, que evidenciaram o contraste com as regras da UE em matéria de liberdade de estabelecimento e de não discriminação entre operadores económicos, com a consequente necessidade de não aplicar a prorrogação também pelas administrações públicas e pelos juízes.

O legislador nacional teve, em um primeiro momento, a orientação do Conselho de Estado e, depois, com o art. 3 da Lei n.º 118 de 2022, estabeleceu que essas concessões do domínio público continuariam em vigor até 31 de dezembro de 2023, exceto se fosse previsto mais um ano de prorrogação para a implementação complexa da nova disciplina.

Posteriormente, com o chamado decreto mil prorrogações (Decreto Legislativo n.º 198, de 29 de dezembro de 2022, convertido na Lei n.º 14, de 24 de fevereiro de 2023), o prazo foi adiado para 31 de dezembro de 2025, suscitando a reação do Presidente da República, que, ao promulgar a lei, notou que era contrária ao direito euro-unitário e aos acórdãos da Corte de Justiça e do juiz administrativo³⁸.

A necessidade de recorrer à licitação pública é novamente confirmada pelo acórdão da Corte de Justiça no processo C-348/22, proposto pela autoridade garantidora da concorrência e do mercado contra o município de Ginosa, que tinha decidido prorrogar as concessões no seu território até 2033. Com efeito, o acórdão diz que existe “uma obrigação de não aplicar as disposições nacionais contrárias, a qual incumbe aos tribunais nacionais e às autoridades administrativas, incluindo as autoridades municipais”³⁹.

Voltaremos depois aos acórdãos mais recentes dos juízes nacionais, que confirmam a necessidade de adaptação à disciplina euro-unitária. Enquanto isso, dando um passo atrás, vamos ver quais são as questões colocadas pela doutrina e como elas podem ser resolvidas à luz de uma carência regulatória e de uma interpretação jurisdicional granítica em todos os níveis institucionais.

3.3 Alusões à legislação de alguns outros países da União Europeia

Pode ser útil fazer algumas observações sobre as normas que regem a propriedade marítima em outros sistemas jurídicos dos estados pertencentes à União Europeia, a fim de demonstrar que, mesmo na vigência de um direito europeu comum da concorrência, podem ser encontradas soluções normativas diferentes das que estão em vigor no nosso país⁴⁰.

Na França, o acesso às praias é gratuito e existe uma proibição geral de instalação permanente de obras funcionais às atividades balneares, prevendo-se que 80% da praia permaneça livre de equipamentos imóveis. Na Croácia, a concessão

³⁸ O Decreto Legislativo n.º 198, de 29 de dezembro de 2022, convertido com alterações pela Lei n.º 14, de 24 de fevereiro, previa (com o artigo 10-quarter, § 3) que “as concessões e relações a que se referem o artigo 3, §º 1, alíneas a) e b) da Lei n.º 118, de 5 de agosto de 2022, continuam, em qualquer caso, a produzir efeitos até à data de emissão das novas medidas de concessão”.

³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, seção III, de 20 de abril de 2023, no processo C-348/22.

⁴⁰ F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, 12, 24 ss.

tem uma duração máxima de 20 anos e é obtida mediante concorrência pública. Na Grécia, parte da praia é dada em concessão, por períodos variados, por meio de licitações públicas, que são anunciadas diretamente pelos municípios⁴¹.

O ordenamento jurídico espanhol, por sua vez, prevê concessões de longo prazo, mas apenas para a área atrás da praia, enquanto a linha de costa permanece sempre livre ou sujeita a concessões de curto prazo, ao contrário do que acontece em nosso ordenamento jurídico, em que o Código de Navegação prevê concessões de uso estendidas à linha de costa⁴². No entanto, foram também instaurados processos por infração contra a Espanha devido à falta de critérios de seleção transparentes e à duração excessiva das renovações das concessões na parte situada atrás da linha costeira.

Verificam-se também restrições à concorrência no ordenamento jurídico português, em que a legislação em vigor, que também é objeto de observações por parte da UE, prevê a possibilidade de concessões com a duração de setenta e cinco anos e o direito de preferência do concessionário cessante.

3.4 A utilização de domínio público para fins comerciais está sujeita às regras da concorrência

A disciplina da praia, por razões turístico-recreativas, é um obstáculo regulatório difícil⁴³ e muito mais complexo, porque envolve diferentes níveis de raciocínio. Em primeiro lugar, está o carácter de concessão ou autorização dos atos que permitem o uso privado do domínio público marítimo, mas também outros temas gerais, como a eficácia direta da legislação euro-unitária junto ao legislador e às administrações nacionais; o papel da jurisprudência face à inércia do legislador; as relações entre jurisdições nacionais e supranacionais; a aplicabilidade de princípios gerais, como a concorrência e a concessão; mas também a coordenação das concessões de praias com a gestão mais ampla das costas ou com os planos paisagísticos e ambientais.

⁴¹ Além disso, caso a alteração das características morfológicas e naturalísticas do trecho de praia objeto da concorrência ocorram em razão da atividade do concessionário, a administração tem o direito de desistir unilateralmente.

⁴² Sobre este ponto, retomo as observações mais extensas de F. Di Lascio, *I nodi delle concessioni di spiaggia: spunti di comparazione*, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 65 e segs.

⁴³ M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in guerra e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 35.

A questão principal é, contudo, a aplicabilidade das regras relativas aos serviços, contidas na Diretiva 2006/123/UE, ao caso em apreço. Uma parte da doutrina acredita, de fato, que os bens públicos identificados pelo nosso ordenamento jurídico não encontram sua regulamentação nessa diretiva, de modo que não estariam sujeitos ao direito “tirânico” da concorrência⁴⁴.

Argumenta-se, em apoio a esta tese, que as praias e orlas costeiras são, antes de tudo, bens ambientais, sujeitos às regras da relativa proteção e sobre os quais são desenvolvidas atividades de diversas naturezas, muitas das quais sem fins comerciais, como a pesca ou os esportes amadores. Seria, portanto, incorreto considerar a praia como um bem de domínio público sujeito *tout court* à disciplina da diretiva europeia sobre serviços. Se o decisor político quiser, como pode, destinar uma parte do domínio público a um serviço empresarial, só então será necessária uma avaliação comparativa entre as ofertas, embora não seja uma verdadeira concorrência como na disciplina euro-unitária dos serviços.

Em apoio a este argumento, importa ressaltar que a Corte de Justiça, abordando a questão da “escassez de recursos” como pressuposto para a aplicação da disciplina concorrencial, afirma igualmente que é a nível municipal que se deve verificar se as zonas sujeitas à exploração econômica são ou não limitadas em número (acórdão *Promoimpresa*), de modo que os estados poderiam preferir mais do que uma regulamentação geral para todo o território nacional, uma avaliação caso a caso a nível municipal ou, em qualquer caso, em uma área limitada (acórdão *Ginosa*)⁴⁵.

A incerteza quanto à sujeição da propriedade balnear ao direito euro-unitário não contradiz a necessidade, na própria reformulação há pouco indicada, de que a parte destinada à atividade empresarial requeira, pelo menos, uma avaliação comparativa entre diferentes propostas.

Essa tese, no que respeita à atribuição de partes da praia para fins econômicos, acaba por coincidir com a doutrina dominante segundo a qual a gestão da parte

⁴⁴ E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 e segs.

⁴⁵ E. Scotti, *Il regime delle spiagge nell'era del ritorno dello Stato: pensieri (eterodossi) per un cambio di paradigma*, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, 148. Segundo Ginevra Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto della UE*, em *Federalismi.it*, 14 de junho de 2023, existe uma certa contradição entre a jurisprudência da UE que permitiria, a nível local, uma avaliação casuística da escassez do recurso e a jurisprudência do Conselho de Estado que não a admite.

da praia destinada a fins turísticos ou recreativos constitui um importante setor econômico, com a consequência de estar sujeita às regras europeias e nacionais de concorrência⁴⁶. A esse respeito, foi lembrada a tese de Benvenuti que, já em 1965, quando a regulação da concorrência ainda era muito tímida, afirmava que o bem de domínio público pode se tornar instrumental para a obtenção de lucro, tornando-se assim um ativo produtivo⁴⁷.

3.5 A utilização da praia nos planos territoriais e ambientais

É preciso enfatizar que a disciplina do domínio público marítimo deve ser considerada não apenas quanto à concorrência, mas sobretudo em relação ao contexto da gestão governamental do território do ponto de vista ambiental e paisagístico.

Não é por acaso que a proteção ambiental encontrou novas formas nas recentes reformas constitucionais, contidas não apenas na emenda do art. 9º da Constituição, mas também na integração do art. 41 da Constituição, em que o meio ambiente é considerado um limite até mesmo à iniciativa econômica⁴⁸.

Na verdade, a praia é apenas uma porção de um espaço maior, que é o litoral, o verdadeiro objeto de proteção, pois é nele que acontecem as mais diversas atividades humanas, das quais as atribuições turísticas-balneares são apenas uma parte. Por conseguinte, a disciplina da utilização das praias deveria ser incluída na disciplina da gestão integrada das zonas costeiras, prevista na Recomendação n.º 2002/413/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁴⁹.

⁴⁶ M. Gnes, *Spiagge e le coste: problema o risorsa?*, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 11 e segs.

⁴⁷ F. Benvenuti, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 154, agora em F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. III, 2392 ss.

⁴⁸ G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 32. O autor também observa que a previsão de uma licitação para a concessão não é apenas um princípio de concorrência, mas um princípio de justiça distributiva para garantir a igualdade.

⁴⁹ M. De Benedetto, *Dalle spiagge alle coste: una strategia regolatoria*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 141 e segs.

Assim, a praia não está apenas sujeita ao plano regional e municipal específico⁵⁰, mas também ao plano paisagístico que, tendo um objeto mais amplo, prevalece em termos de proteção costeira⁵¹.

Além disso, como em todos os casos de proteção do território, surge o interesse predominante pela sustentabilidade ambiental, de acordo com o disposto nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, de modo que a eventual exploração econômica da praia está sujeita aos critérios ambientais mínimos nos quais se inspiram os chamados contratos verdes previstos no art. 57 do Código de Contratos Públicos, até mesmo em nosso ordenamento jurídico⁵².

3.6 Questões atuais: a escassez do recurso e o princípio da concessão

Indicados os princípios inspiradores de uma correta gestão das praias e do seu interior, cabe determo-nos mais profundamente nas principais questões abordadas na jurisprudência dos tribunais e na doutrina. De fato, supondo que seja uma propriedade estatal que também pode ser concedida para fins comerciais, é necessário verificar o estado atual das coisas.

Os dados estatísticos mostram que, em nosso país, existem entre 21.500 e 25.000 concessões, incorrendo em mais da metade dos 8.000 quilômetros de costa total do país⁵³.

⁵⁰ G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 87.

⁵¹ Assim, L. Di Giovanni, *Il ruolo della pianificazione paesaggistica nella difesa delle coste italiane*, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progresso, problemi, prospettiva*, cit., 101, embora apenas cinco Regiões tenham produzido o plano paisagístico.

⁵² C. Lauri, *I criteri di sostenibilità nelle procedure per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 109 ss. Entre os numerosos comentários sobre o novo Código de Contratos Públicos, destacamos: V. Fanti (ed.), *Corso sui contratti pubblici riformati dal D.L. n° 36 del 31 marzo 2023*, Nápoles, 2023; G. F. Cartei, D. Iaria (eds.), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Nápoles, 2023; M. Macchia (ed.), *Costruire ed acquistare. Lezione sul nuovo Codice dei contratti pubblici*. Turim, 2024; R. Ursi (ed.), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Nápoles, 2024.

⁵³ De acordo com o *Observatório de Contas Públicas Italianas*, cit., na última pesquisa de 2021 havia 15.414 concessões estatais para uso turístico-recreativo, com um faturamento médio de 260.000 euros por ano para cada empresa concessionária.

O que é certo é a grande discrepância no número de concessões entre as regiões. Se fôssemos raciocinar de acordo com o modelo recém-nascido de autonomia diferenciada, teríamos que esperar regulamentações diferentes. Nas regiões que possuem concessões em 70% de seu território, a praia deve ser considerada como um recurso escasso e, portanto, a aplicação do princípio da concorrência seria legítima. Não é assim para as outras regiões onde as concessões não ocupam mais de 40% do território. Veríamos, assim, quais são as disparidades que a autonomia diferenciada pode causar, com o efeito paradoxal de que a concorrência pública deve ser realizada, por exemplo, na Ligúria, mas não na Calábria⁵⁴. Seria mais desejável ter uma disciplina nacional de princípios e um planejamento regional e municipal que protegesse parte da praia livre, em conformidade com o princípio da igualdade⁵⁵.

Uma segunda questão diz respeito às infraestruturas inamovíveis, cuja eventual presença na praia poderia afetar a concessão do gestor cessante⁵⁶. Se é digno de apreço o compromisso empresarial das atuais concessionárias que construíram sistemas substanciais, oferecendo um serviço adequado aos usuários, não se pode esquecer de que as obras realizadas em bens públicos devem ser sempre compatíveis com as normas construtivas e ambientais.

A esse respeito, como explicado acima, o art. 49 do Código de Navegação ainda hoje prevê, com um dispositivo muito criticado e nunca implementado, que, ao final da concessão, salvo disposição em contrário, as obras realizadas pela concessionária são transferidas para o patrimônio do Estado sem qualquer indenização para quem as executou.

Essa norma seria suficiente para excluir qualquer tipo de reversão onerosa por parte do gestor cessante, uma vez que este já deveria saber que, no final da concessão, as obras realizadas teriam de ser transferidas para o Estado. Diversa é a questão se a

⁵⁴ De forma mais geral, sobre o regionalismo diferenciado, ver F. Manganaro, *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricompore*, Nápoles, 2023.

⁵⁵ G. della Cananea, *Le concessioni del demanio marittimo: un mutamento di prospettiva*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 29; G. Torelli, *Concessioni balneari e governo del territorio*, in M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*, cit., 81 ss.

⁵⁶ Recentemente sobre este ponto, com referências às diferentes opiniões na doutrina: C. Fragomeni, *Responsabilidade da administração entre a expectativa legítima ou inocente (nota à Cassação Civil, Seções Unidas, 19 de janeiro de 2023, n.º 1567)*, in *Giusitiainsieme.it*, 22 de setembro de 2023.

reversão ocorrer em razão de uma extinção antecipada da concessão quanto à data originalmente estabelecida.

Como é sabido, a confiança legítima é uma situação jurídica que se consolida onde a administração ou outra entidade pública gerou, com os seus atos, a certeza de uma relação jurídica que, depois falha. No caso em apreço, essa certeza está longe de estar consolidada, uma vez que a questão relativa à extinção da concessão de praias para utilização turística-balnear tem sido objeto de observações jurídicas europeias e de acórdãos da Corte de Justiça e do Conselho de Estado, que negam a renovação automática, há vinte anos.

As decisões gêmeas de 2021 já haviam assumido uma posição muito clara. No n.º 38 dos Acórdãos n.º 17 e n.º 18, a Assembleia Plenária, recordando o Acórdão da Corte de Justiça de 14 de outubro de 2010, C-67/09, declarou que “quando um operador econômico prudente e atento está em condições de prever a adoção de uma medida suscetível de prejudicar os seus interesses, não pode invocar o benefício da proteção da confiança legítima em caso de adoção de tal medida”.

Por conseguinte, ainda de acordo com o acórdão acima referido, as condições para fazer valer a confiança legítima não estão preenchidas, tanto mais que “antes e independentemente da Diretiva 2006/123, o Conselho de Estado já havia afirmado que, para as concessões de domínio público, a sujeição aos princípios da concorrência e da licitação pública é uma condição prévia suficiente para que a concessão do bem público proporcione uma oportunidade de lucro às entidades que operam no mercado, de modo a impor um procedimento concorrencial inspirado nos princípios de transparência e não discriminação acima mencionados (ver Cons. Estado, seção IV, 25 de janeiro de 2005, n.º 168, Id., seção V, 31 de maio de 2007, n.º 2825).”

Esa orientação é reiterada nos acórdãos mais recentes, mesmo após a jurisprudência relativa ao conflito jurisprudencial, com as seções unidas do Supremo Tribunal que, com o Acórdão n.º 32559, de 24 de outubro de 2023, anulou o Acórdão da Assembleia Plenária n.º 18/2021, julgando necessária a integração do contraditório.

De acordo com esses acórdãos mais recentes, “*não se pode considerar subsistente qualquer confiança legítima do recorrente*, uma vez que os poderes de autotutela decisória da administração nem sequer são relevantes, se apenas se considerar que o ato com que o Município de Lavagna certificou inicialmente a prorrogação da concessão

assumiu um mero valor de reconhecimento, uma vez que o efeito em discussão decorreu diretamente da lei (itálico nosso)⁵⁷.”

Além disso, não pode ser validada qualquer confiança dos atuais concessionários, uma vez que a aplicação da Diretiva 2006/123/CE e/ou do artigo 49.º do T.F.U.E. ao setor das concessões de domínio público marítimo para fins turísticos e recreativos “exige a abertura imediata do mercado”, pelo que “qualquer exigência relacionada à confiança dos atuais concessionários não pode certamente justificar prorrogações automáticas ou o adiamento dos procedimentos de concorrência, mas, quando muito, pode ser apreciada ao estabelecer as regras para o procedimento de concorrência nos termos do n.º 3 do art. 12.º da mesma Diretiva 2006/123/CE (ver Tribunal de Justiça da UE, 14 de julho de 2016, nos processos C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, n.ºs 52-56)⁵⁸.”

3.7 Confiança e eventual indenização por cessação antecipada

Se a confiança não funcionar para a manutenção da relação, poderia ser invocada para uma eventual compensação que o concessionário cessante poderia obter pela extinção antecipada⁵⁹.

Com efeito, nesse ponto, os acórdãos que acabamos de citar, embora considerem a questão não objeto das suas decisões, pronunciam-se de forma a deixar a porta aberta às escolhas futuras do legislador.

Já os acórdãos gêmeos de 2021, com base na decisão *Promoimpresa* da Corte de Justiça, afirmam explicitamente que “o lançamento de procedimentos concorrenciais para a atribuição de concessões deverá, por conseguinte, quando as condições estiverem preenchidas, ser apoiado pelo *reconhecimento de compensações para proteger eventuais investimentos realizados por concessionários cessantes*, sendo tal mecanismo indispensável para proteger a sua confiança legítima (grifo nosso).”

⁵⁷ Conselho de Estado, Seção VII, 19 de março n.º 2679, par. 5.

⁵⁸ Conselho de Estado, Seção VII, 20 de maio de 2024, n.º 4479; Cons. Stato, sec. VII, 20 de maio de 2024, nos. 4480 e 4481.

⁵⁹ A. Police, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, em *Amministrativ@mente*, 2022, 2, 74 e segs.; M. Clarich, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, em *Guida al Diritto*, 2023, 17, 95 e segs.; Id., *Concessioni spiagge, soluzione lontana e resta il rischio della sanzione europea*, *ibidem*, 2023, 39, 12 ss.

Nesse sentido, estão situadas as decisões posteriores, segundo as quais a amortização das intervenções efetuadas pelo concessionário cessante deve ser “tida em conta” no anúncio da nova concorrência⁶⁰.

Uma novidade mais significativa pode ser encontrada nos acórdãos recentes do Conselho de Estado de 2024. Por certo, ao julgar os pedidos de indenização, tais decisões não apenas os consideram possíveis, mas o fazem lembrando o art. 4.º, § 2, alínea i) da não implementada Lei Delegada n.º 118/2022, segundo a qual um princípio da futura lei é a “definição de critérios uniformes para a quantificação da compensação a pagar ao concessionário cessante, *imputada ao concessionário entrante* (grifo nosso)”.

Recordando os princípios da delegação, o juiz administrativo “sugere” ao legislador uma solução que poderia satisfazer as partes em um conflito de vinte anos, sem contradizer as decisões da Corte de Justiça. Tendo rejeitado a hipótese de indenização ao concessionário cessante a título de confiança, a indenização poderia ser prevista pelo concessionário entrante.

A discussão sobre a eventual compensação envolve uma avaliação dos custos efetivamente suportados pelos concessionários, uma vez que, como já foi demonstrado, as receitas que o Estado obtém com essas concessões são insignificantes face às receitas dos concessionários. Talvez também porque, ao contrário de outros países europeus, como, por exemplo, a Grécia, a fraca capacidade de exigir as taxas devidas também diz respeito ao fato de a entidade local que gere a praia não ter interesse em fiscalizar o concessionário, já que as receitas são devidas ao Estado⁶¹.

Nessa história, não há segurança jurídica⁶², devido aos conflitos entre o parlamento e a magistratura e entre a jurisdição nacional e comunitária que ferem a confiança a qual os cidadãos depositam nas funções tradicionais do Estado, seja ele o legislador, o juiz, seja o administrador público.

⁶⁰ De acordo com Cons. St., sec. VII, 19 de março de 2024, n.º. 2679, “a amortização dos investimentos incorridos deverá, quando atendidas as condições, ser objeto de consideração na divulgação dos procedimentos concorrenciais para a cessão de concessões, podendo ser amparada pelo reconhecimento de compensações em favor dos concessionários cessantes”.

⁶¹ Neste sentido também: G. della Cananea, M. De Benedetto, F. Di Lascio, em M. Gnes (ed.), *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*.

⁶² Pode-se fazer referência a F. Manganaro, *Cenni sulla (in)certeza del diritto*, em *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, 297 e segs.

Por essa razão, tendo em conta os vislumbres de novidade que podem ser apreendidos na jurisdição mais recente, seria oportuno que o legislador nacional encontrasse uma solução definitiva o mais rapidamente possível.

Addenda. Quando este trabalho já estava concluído, o Parlamento aprovou, em 6 de novembro, uma lei que prorroga as concessões marítimas estatais até 30 de setembro de 2027 e estabelece que os novos procedimentos de reversão devem ser concluídos pelos Municípios até 30 de junho de 2027. Prevê-se, ainda, que o novo concessionário terá de pagar ao concessionário cessante uma indenização igual ao valor dos investimentos realizados e não amortizados no final da concessão, garantindo-lhe um justo retorno dos investimentos realizados nos últimos 5 anos. Os critérios para o estabelecimento de uma compensação justa são delegados em um decreto do Ministério dos Transportes, em ato concertado com o Ministério da Economia e das Finanças, a adotar até 31 de março de 2025.

Veremos se essa legislação será capaz de passar pelo escrutínio da União Europeia e da jurisdição comunitária e nacional.

Referências

CASSETTA, E. *Manuale di diritto amministrativo*: Milano, 2024.

CLARICH, M. Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti, *Guida al Diritto*, 2023, 17, p. 95 ss.

CONTICELLI, M. Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 4, p. 1071 ss.

DE BENEDETTO, M. *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*. Bologna, 2011.

GNES, M. Gnes (ed.). *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezze delle regole. Progressi, problemi, prospettiva*. Milano, 2023.

GRECO, G. Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto, *Dir. amm.*, 1999, 3/4, p. 381 ss.

IRELLI, V. Cerulli. Beni pubblici, *Dig. disc. pubbl.*, sez. pubbl., II, Torino, 1987, p. 273.

POLICE, A. Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione, *Amministrativamente*, 2022, 2, p. 74 ss.

RENNA, M. *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*. Milano, 2004.

TIMO, M. *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*. Torino, 2020.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a405>

Data de submissão: 23/7/2024

Data de aprovação: 4/11/2024

Da aplicação à interpretação: história do Judiciário no Brasil oitocentista¹

From application to interpretation: history of the judiciary in nineteenth-century Brazil

De la aplicación a la interpretación: historia del poder judicial en el Brasil ochocientista

Marcelo Casseb Continentino²

Universidade de Pernambuco (Recife, PE, Brasil)
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-9084-2273>]
E-mail: macasseb@gmail.com

Marcelo Ribeiro do Val³

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasília, DF, Brasil)
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3805-7494>]
E-mail: marcelordoval@gmail.com

Resumo

Este artigo examina a transformação do Poder Judiciário sob a vigência da Constituição de 1824. Partindo da análise de juristas e políticos da época, a pesquisa tentou identificar as concepções hegemônicas em relação ao Poder Judicial. Tendo por objeto de estudo os conceitos fundamentais de independência e interpretação, a investigação buscou reconstruir o processo de transformação do Judiciário, bem como a ressignificação do princípio da separação dos poderes, à luz da qual o juiz deixou de ser um mero aplicador da lei para se tornar um intérprete dos direitos e da

¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb; VAL, Marcelo Ribeiro do. Da aplicação à interpretação: história do judiciário no Brasil oitocentista. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 201-245, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a405>.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco (FCAP/UPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)/Università degli Studi di Firenze. Procurador do Estado de Pernambuco. Sócio efetivo do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano (IAHGP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8540940848026956>.

³ Professor de Direito Constitucional, Europeu e Comparado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Doutor em Direito Constitucional pela Università di Roma La Sapienza e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0758490364975357>.

Constituição. Como conclusão, identificou-se que, apesar das deficiências associadas à imagem histórica dos juízes, que remontava ao período anterior à Independência, a necessidade de aperfeiçoar o funcionamento do Poder Judiciário, a evolução do pensamento constitucional e os novos ventos advindos da república explicam esse complexo processo de empoderamento institucional do Judiciário que sedimentou as bases do constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

Palavras-chave

Constituição do Império do Brasil; Poder Judicial; interpretação jurídica; independência judicial.

Sumário

1. Introdução. 2. Período pré-constitucional: a Constituinte de 1823. 3. Poder Judicial na Constituição Imperial de 1824. 4. Poder Judicial sob a Constituição Imperial de 1824: rupturas e continuidades. 4.1 Lei de Criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império. 4.2 Luta pela independência judicial. 4.3 A luta pela interpretação judicial. 5. Poder Judiciário na República. 6. Conclusão.

Abstract

This article examines the transformation of the Judiciary under the Constitution of 1824. Based on the analysis of jurists and politicians of the time, the research attempted to identify the hegemonic conceptions related to the Judiciary. Adopting as an object of study the fundamental concepts of independence and interpretation, the investigation sought to reconstruct the transformation process of the Judiciary as well as the redefinition of the principle of separation of powers, in light of which the judge ceased to be a mere applier of the law to become a interpreter of rights and the Constitution. In conclusion, it was identified that, despite the deficiencies associated with the historical image of judges dating back to the period prior to Independence, the need to improve the functioning of the Judiciary, the evolution of constitutional thought, and the new winds brought by the republic explain this complex process of institutional empowerment of Judiciary, which laid the foundations for contemporary Brazilian constitutionalism.

Keywords

Constitution of the Brazilian Empire; Judicial Power; legal interpretation; judicial independence.

Contents

1. Introduction. 2. Pre-constitutional period: the 1823 Constituent Assembly. 3. Judicial Power in the Imperial Constitution of 1824. 4. Judicial Power under the Imperial Constitution of 1824: ruptures and continuities. 4.1 Law Establishing the Supreme Court of Justice of the Empire. 4.2 The struggle for judicial Independence. 4.3 The struggle for judicial interpretation. 5. Judicial Power in the Republic. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo examina la transformación del Poder Judicial bajo la vigencia de la Constitución de 1824. A partir del análisis de juristas y políticos de la época, la investigación intentó identificar las concepciones hegemónicas en relación al Poder Judicial. Teniendo por objeto de estudio los conceptos fundamentales de independencia y interpretación, la investigación buscó reconstruir el proceso de transformación del Poder Judicial así como la resignificación del principio de la separación de poderes, a la luz de la cual el juez dejó de ser un mero aplicador de la ley para convertirse en un intérprete de los derechos y de la Constitución. Como conclusión, se identificó que, a pesar de las deficiencias asociadas a la imagen histórica de los jueces que remontaba al período anterior a la propia Independencia, la necesidad de perfeccionar el funcionamiento del Poder Judicial, la evolución del pensamiento constitucional y los nuevos vientos provenientes con la república explican este complejo proceso de empoderamiento institucional del Poder Judicial, que sedimentó las bases del constitucionalismo contemporáneo brasileño.

Palabras clave

Constitución del Imperio del Brasil; Poder Judicial; interpretación jurídica; independencia judicial.

Índice

1. Introdução. 2. Período preconstitucional: a Assembleia Constituinte de 1823. 3. Poder Judicial en la Constitución Imperial de 1824. 4. Poder Judicial bajo la Constitución Imperial de 1824: rupturas y continuidades. 4.1 Ley de Creación del Supremo Tribunal de Justicia del Imperio. 4.2 Lucha por la independencia judicial. 4.3 La lucha por la interpretación judicial. 5. Poder Judicial en la República. 6. Conclusión.

1. Introdução

Há duzentos anos, tinha vigência a Constituição do Império, de 25 de março de 1824. A primeira do Brasil com vigência em todo o território nacional, a Carta do Império representou um marco na história constitucional brasileira ao fundar um estado independente, que tinha o desafio de criar as condições necessárias à realização das promessas do constitucionalismo no Brasil em confronto com as circunstâncias de uma realidade social e política hierarquizada, patrimonialista e escravocrata.

A Constituição do Império, considerada uma das mais modernas e destacadas obras da razão humana de sua época⁴, foi inovadora em temas como organização dos poderes, haja vista a previsão do Poder Moderador, mas, em relação a outros, a exemplo do Poder Judicial, revelou maior cautela, não lhe conferindo a amplitude institucional hoje reconhecida. À época da elaboração da Constituição, predominava, entre juristas e políticos, a concepção de juiz como mero aplicador da lei, além de um imaginário social negativo sobre os magistrados, o que recomendava limitações à sua atuação.

O que chama a atenção, entretanto, é a profunda mudança de concepção do papel institucional do Poder Judiciário ocorrida ao longo do século XIX. O “Poder Judicial”, como denominado pela Constituição de 1824, espelhado no modelo constitucional francês, em que o juiz à Montesquieu era considerado “mera boca da lei”, tornou-se o Poder Judiciário da Constituição de 1891, erigido à categoria de fiel da balança do pacto federativo e de defensor da própria Constituição Federal, contemplado com os poderes de interpretar as leis e de decidir sobre as competências das demais esferas de poder.

Tamanha transformação sobre a compreensão da função do juiz se processou sob a vigência da Constituição do Império e sedimentou as bases do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, que se estrutura sobre a noção da supremacia constitucional e da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, Corte imprescindível à preservação do Estado Democrático de Direito.

⁴ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857. p. iv. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 25 nov. 2024.

No entanto, influenciados pela obra pioneira de Carlos Lúcio Bittencourt⁵, segmentos importantes da doutrina constitucional brasileira têm defendido que o controle de constitucionalidade das leis teria tido início apenas na era republicana⁶, não faltando aqueles que ressaltam o protagonismo quase exclusivo de Rui Barbosa, o “Marshall brasileiro”⁷. O fato é que, nessa perspectiva seletiva da nossa história constitucional, desconsidera-se a longa experiência jurídica imperial desenvolvida sob a vigência da Constituição de 1824, à luz da qual a imagem e a concepção sobre o papel institucional do Poder Judiciário se alteraram radicalmente, o que foi imprescindível à recepção do modelo norte-americano do *judicial review* na ordem constitucional brasileira.

Para estudar essa mudança estrutural das funções do Poder Judiciário, que culminou com a legitimação da prática do *judicial review*, no presente artigo definem-se três premissas que servirão de chave de leitura à compreensão da evolução

⁵ Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 27-28.

⁶ Com alguma variação, parcela significativa da doutrina constitucional brasileira não enfatiza o constitucionalismo imperial ao analisar a formação histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, podendo-se referir entre outros: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 80-84; POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 6. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 71-96; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48-58; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57-62; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 265-275; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1108-1109; COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 236 e ss; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 100 e ss; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até a EC nº 71 de 29/12/2012, e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 1086 e ss; LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 117 e ss; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 331-359; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 116-126; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. **História Constitucional**, n. 11, p. 297-320, 2010. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/273/240>. Acesso em: 26 nov. 2024; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 24-43; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120-124; ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA, 1., 1995, Lisboa. **I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado**. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1997. p. 139-154; BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: LABOULAYE, Edouard *et al.* **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 127-149.

⁷ Cf. PIRES, Homero. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932. v. 1, p. i-xl.

do Poder Judicial ao longo do século XIX: o ato jurisdicional de interpretar as leis, atribuição nem sempre reconhecida como da alçada da função jurisdicional; o reconhecimento da efetiva independência do Poder Judicial para além da mera previsão textual na Constituição de 1824; e a ressignificação semântica do princípio da separação dos poderes.

Do ponto de vista metodológico, para a realização da presente pesquisa, conciliaram-se aportes metodológicos do contextualismo histórico e da história conceitual. Relativamente ao primeiro método historiográfico, com base nas reflexões de Quentin Skinner⁸ e de Pietro Costa⁹, mapearam-se as ideias constitucionais dos juristas e seu contexto durante a vigência da Constituição de 1824. Além da pesquisa dos cânones do pensamento constitucional, a exemplo da obra referencial de Pimenta Bueno, examinaram-se periódicos da época, em especial o “O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência”, e outras fontes relevantes em que o pensamento constitucional se desenvolveu, tais como debates legislativos e documentos produzidos no âmbito do Poder Executivo. Em todos esses *locus*, objetivou-se observar como o discurso constitucional se posicionou em relação à configuração do Poder Judicial na Carta do Império e como gradualmente se atualizou para defender mudanças em sua estruturação.

Quanto aos aportes da história conceitual utilizados nesta pesquisa, levaram-se em consideração as contribuições de Reinhart Koselleck¹⁰, especialmente no que diz respeito à necessidade de análise semântica crítica dos conceitos utilizados no passado, que mantêm o mesmo léxico hoje em dia, embora tenham sentidos diversos, de modo que se possa compreendê-los no horizonte conceitual de cada época, evitando-se, assim, cair nas ciladas do anacronismo e das falsas compreensões do nosso passado histórico constitucional.

⁸ Cf. SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. v. 1, p. 57-89.

⁹ Cf. COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 47, p. 21-28, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15733>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁰ Cf. KOSELLECK, Reinhart. **Future past: on the semantics of historical times**. Translated and with an introduction by Keith Tribe. New York: Columbia University Press, 2004. p. 75-92 e p. 255-275.

2. Período pré-constitucional: a Constituinte de 1823

O Poder Judicial foi sobriamente organizado na Constituição do Império, ocupando uma posição secundária em relação aos demais poderes¹¹. Com catorze artigos a ele dedicados (arts. 151 a 164), previu-se, em síntese, sua independência, as competências dos juízes de direito, as normas básicas disciplinares da magistratura, a segunda instância nas Províncias, o Tribunal do Júri (civil e criminal) e os juízes de paz, além do Supremo Tribunal de Justiça do Império, cuja principal missão era apreciar o recurso de revistas, funcionando, em algumas hipóteses, como a terceira instância judicial do país.

Contudo, para se entender como os redatores da Constituição de 1824 chegaram a essa formulação do Poder Judicial, é preciso compreender qual era o imaginário que se tinha dos juízes nesse importante momento. Embora a Constituinte de 1823 não tenha logrado êxito na elaboração da Constituição do Império, foi-lhe possível apresentar um Projeto de Constituição¹², que serviu de referência para a elaboração da Constituição de 1824, e discutir algumas de suas disposições, a exemplo do princípio da separação dos poderes.

Seu precoce encerramento, portanto, não impediu que os constituintes travassem debates sobre a natureza do Poder Judicial e de sua forma de organização, o que forneceu elementos importantes sobre as imagens da magistratura compartilhadas pelos elaboradores da Constituição, confirmando-se, assim, o argumento de Maurizio Cau¹³, segundo o qual processos da elaboração de Constituições são momentos fundamentais de qualquer comunidade política para os interessados na sua história constitucional, porque permitem compreender valores, crenças, costumes e princípios compartilhados pela sociedade, além de frustrações ancoradas em experiências do passado e de expectativas projetadas para um futuro melhor.

¹¹ Cf. WEHLING, Arno. **Do antigo regime ao constitucionalismo**: a Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833. Rio de Janeiro: Processo, 2024. p. 112 e ss.

¹² Cf. BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 2, p. 689-699. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535162>. Acesso em: 25 nov. 2024.

¹³ Cf. CAU, Maurizio. La Costituzione nel tempo: rigimi di storicità di un progetto storico-politico. **Giornale di Storia Costituzionale**, n. 36, p. 147-168, 2. sem. 2018. Disponível em: http://www.storiacostituzionale.it/doc_36/Cau_GSC_36.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

Destarte, os Anais da Constituinte de 1823 são um importante ponto de partida para entender como os contemporâneos conceberam o Judiciário e formaram suas imagens sobre os juízes¹⁴.

O primeiro ponto a se examinar é o relativo ao imaginário construído em torno dos juízes. Sim, embora se estivesse por criar e instituir o Poder Judiciário, os juízes no Brasil, fossem eles portugueses americanos ou portugueses europeus, já atuavam e tinham possibilitado a formação de uma opinião a seu respeito – nem sempre obsequiosa.

Seja devido ao despreparo técnico, à corrupção acintosa, à parcialidade nos julgamentos, seja à submissão à vontade imperial ou de autoridades locais, a justiça brasileira era mal avaliada pela sociedade. De todos os males, segundo apurou o brasilianista Thomas Flory¹⁵, o que mais manchava a imagem dos juízes no Brasil era o recebimento de propinas. Também foi a opinião do pesquisador francês, Louis François Tollenare¹⁶, que deixou registrado seu desencanto com o sistema judicial brasileiro: “É lamentável dizê-lo, mas a justiça é muito venal”.

Essa visão não era isolada, reverberava na sociedade e ecoou quando do processo de elaboração da nova Constituição. Na Assembleia Constituinte de 1823, diversos Deputados testemunharam as arbitrariedades, os abusos e as ilegalidades

¹⁴ Sobre os limites apresentados pelas fontes históricas oficiais para o conhecimento histórico, ver: VELLOZO, Júlio Cesar de Oliveira; DANTAS, Mônica Duarte. Debates parlamentares e seus usos pelo historiador. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 179, n. 477, p. 45-71, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/docreader.aspx?bib=893676&pasta=ano%20201&pesq=Debates%20parlamentares%20e%20seus%20usos%20pelo%20historiador&pagfis=197521>. Acesso em: 26 nov. 2024; PEREIRA, Hugo Silveira. Debates parlamentares como fonte histórica: potencialidades e limitações. *Historiae*, v. 1, n. 8, p. 31-52, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324080885_DEBATES_PARLAMENTARES_COMO_FONTE_HISTORICA_POTENCIALIDADES_E_LIMITACOES. Acesso em: 26 nov. 2024. As dificuldades, na presente análise, intensificam-se tendo em vista que os trabalhos da Constituinte de 1823 foram interrompidos por sua antecipada dissolução. Contudo, confrontadas as atas com outros documentos históricos, a exemplo das fontes doutrinárias e testemunhais, vê-se que sua importância não se perdeu.

¹⁵ Cf. FLORY, Thomas. Judicial politics in nineteenth-century Brazil. *The Hispanic American Historical Review*, v. 55, n. 4, p. 665-666, Nov. 1975. Disponível em: <https://read.dukeupress.edu/hahr/article-pdf/737144/0550664.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁶ Cf. TOLLENARE, Louis François de. *Notas dominicais*. 2. ed. Tradução de Alfredo de Carvalho. Recife: EDUPE, 2011. p. 308. Eis parte da anotação de Tollenare, em que se apresenta panorama pouco apreciável da práxis forense brasileira: “É lamentável dizê-lo, mas a justiça é muito venal. Consigo isto aqui porque é a opinião geral; quero crer que há exceções; citam-nas. É preciso que os litigantes lisonjeiem os juízes; o sucesso das causas depende das recomendações. O governador ordena ou impede os julgamentos; espreita-se frequentemente a sua opinião para agir de acordo com ela. Com vencimentos de 300 a 400.000 réis (2.000 a 2.400 francos), vários juízes vivem com esplendor. Não são inamovíveis. Em todos os países, lamentam-se os processos, mas, sobretudo, neste”.

cometidos por juízes. Carneiro da Cunha¹⁷ denunciou “toda a espécie de violências e despotismos da parte dos Magistrados” e a “arbitrariedade judicial”. José Martiniano de Alencar¹⁸ advertia seus pares sobre a má reputação de que gozavam os juízes luso-brasileiros, que tinham angariado “contra si a indignação e o ódio do Povo”. Campos Vergueiro¹⁹ denunciou a malevolência das leis e dos juízes, particularmente sua impunidade, já que raramente eram condenados por arbitrariedades cometidas.

Reiterando a imagem desfavorável em torno dos juízes ante o cometimento de arbitrariedades e de injustiças diversas, o Deputado Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva²⁰ foi além para defender a eliminação de qualquer margem de discricionariedade judicial, pois, de contrário, os juízes se valeriam dela não só para legislarem, usurpando a função própria dos legisladores, mas, o que seria ainda pior, para abusarem de suas prerrogativas como sempre o fizeram. Os juízes, concluía Antônio Carlos de Andrada²¹, “são servos da Lei, são seus executores; se não as executão, tornão-se culpados. Idéa tristíssima! Podem os Magistrados faltar aos seus deveres a seu bel prazer? Não de certo; em quanto a Lei está em vigor, devem applica-la; se ella he injusta, devemos revoga-la, nós que o podemos fazer”.

¹⁷ Antes de sugerir sua indicação, o constituinte Carneiro da Cunha desabafou perante seus colegas: “Bem tristes provas nós temos na opressão dos Povos do Brasil, que por tres seculos soffrerão toda a especie de violencias e despotismos da parte dos Magistrados sempre prontos a sacrificar a justiça a seus sórdidos interesses e paixões: não fallo de todos porque alguns tem havido, mas poucos, de honrado caracter e merecedores do nosso reconhecimento”. Cf. BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. v. 1, p. 341.

¹⁸ Era, realmente, sombrio o diagnóstico realizado pelo deputado Alencar: “com tudo sempre direi que atacar todos os individuos da classe da Magistratura he uma completa injustiça, pois entre elles existem alguns que são homens de bem e Juizes probos; mas que diser-se igualmente que a classe da Magistratura tem entre nós adquirido contra si a indignação e odio do Povo, he outra verdade innegavel; e a desgraça he que eu acho no Povo alguma razão para este procedimento. Com effeito até o presente em todos os ramos da Administração Publica se notavão prevaricações; isto he innegavel; porém os Magistrados são aquelles de quem o Povo mais immediatamente recebia os effeitos do despotismo, e por isso devia aborrecer-se mais. (...); era porém o Magistrado quem hia até o interior das terras levar a miséria e a opressão ao desgraçado Cidadão; era o Magistrado quem immediatamente attentava contra a vida, honra, e fazenda do Cidadão; e portanto he contra o Magistrado que existe maior odio”. Cf. BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. v. 3, p. 300.

¹⁹ Cf. BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. v. 3, p. 281-282.

²⁰ Cf. BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. v. 1, p. 173. É bastante expressivo o aparte do deputado Antônio Carlos: “quando se deixa ao arbitrio do Juiz a graduação das penas, faz este de legislador, e Legisladores somos nós. Não deichemos esta porta aberta para os Juizes abusarem como tem feito até agora; elles não devem fazer mais do que dizer – o crime he este, e a pena que a Lei lhe impoem he esta – Eis o que eu pertendo que os Juizes fação, e nada de applicar penas pelo seo aritbrio”.

²¹ BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. v. 1, p. 72.

Tratava-se, pois, de um mal de tempos imemoriais, esse que compunha a tradição de corrupção na magistratura luso-brasileira. Outros fatores mais difusos também contribuíram para a formação dessa visão refratária aos juízes, como esnobismo e elitismo da magistratura, corporativismo da classe e cultivo da mística da educação na Universidade de Coimbra, onde se formava a elite dirigente e profissional do Brasil. Além disso, tinha-se a dimensão política dos juízes no sistema de organização política do governo²². O magistrado era um privilegiado ator político, não restringindo sua atuação à mera aplicação da lei, mas funcionava como um agente de calibração entre os interesses locais e do poder central. Assumia a condição de representante da soberania real portuguesa na Colônia, de modo que a reação brasileira contra o sistema colonial e o domínio português, em parte, foi canalizada contra os próprios juízes que sofreriam duros golpes na Constituinte²³.

Na Constituinte, houve a intenção de romper com esse tradicional sistema de relações entre Executivo e Judiciário, tentando assegurar a independência do Poder Judiciário contra eventuais intromissões governamentais. No Projeto de Constituição de 1823, previa-se que somente por sentença os magistrados perderiam seus cargos, embora coubesse genericamente ao imperador prover os empregos civis não eletivos e militares, bem como suspender e remover os empregados na forma da lei. O Projeto de 1823 reconhecia sua inamovibilidade, mas admitia a mudança dos juízes de primeira instância no tempo, modo e lugar que a lei determinasse, o que criaria uma brecha legal para as interferências do Executivo no Judiciário.

O exame das atas da Constituinte sugere que o pensamento constitucional no Brasil, que tinha por referência o modelo constitucional francês, espelhava uma realidade institucional em que a magistratura não gozava de credibilidade social, boa reputação, imparcialidade no exercício de suas funções nem de preparo técnico. Esse pensamento não se desenvolveu em abstrato, e, sim, em face dos problemas históricos e concretos em que se achavam os atores políticos e das soluções que se pretendiam implementar.

A discricionariedade judicial, então combatida, consistia na margem de conformação legal que tinha o juiz para, a fim de aplicar a lei, revelar seu sentido no caso concreto. Esse processo, como se sabe hoje, nada mais é do que a (inevitável

²² Cf. KOERNER, Andrei. *O judiciário e a cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 47 e ss.

²³ Cf. FLORY, Thomas. *Judicial politics in nineteenth-century Brazil*. p. 665-666.

e inerente) interpretação jurídica; porém, àquela época, procurou-se limitar ao máximo o ato de interpretação judicial, já que socialmente o juiz era associado a práticas ilegítimas e iníquas.

3. Poder Judicial na Constituição Imperial de 1824

Montesquieu teve uma presença marcante na Constituinte de 1823. O autor de *“Do Espírito das Leis”*²⁴ foi um dos mais influentes pensadores durante os trabalhos da Assembleia. O mais criticado deles foi Rousseau, nome cuja simples pronúncia já trazia a pecha da exaltação e do radicalismo que constituíam um risco gravíssimo para qualquer nação, conforme os acontecimentos revolucionários na França denunciavam. A polarização, que os dois filósofos representavam em termos de ruptura e de continuidade com a ordem jurídico-política preexistente, permite entender o porquê de Montesquieu²⁵ ter sido o grande pensador em evidência, já que seu traço característico, a *moderação*, rejeitava posturas radicais, de rupturas profundas com a ordem vigente e se amparava em um constante reformismo²⁶, o que se amoldava melhor à maioria dos parlamentares e ao projeto imperial²⁷.

²⁴ Sobre ele, o constituinte José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, teceu elegante comentário: “Ainda que depois do celebrado Presidente de Montesquieu muito se tenha escrito sobre a Sciencia do Governo, e Constituição dos Estados, comtudo he reconhecido, que a sua Obra do Espirito das Leis he ainda dos melhores livros, onde, bem que abunde de paradoxos, e erros, se ensinão excellentes Instruccões Politicas, ou Maximas Fundamentais para a boa Constituição e Legislação”. Cf. CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Roteiro Brasileiro ou collecção de principios e documentos de direito politico em serie de numeros**: Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1822. p. 5. Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/4217>. Acesso em: 26 nov. 2024.

²⁵ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **Do espírito das leis**. Introdução, tradução e notas por Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 301 e ss.

²⁶ Charles Louis, filho de uma família de nobres e vinculada ao mundo da toga, herdou de seus pais o título de barão de La Brède e o cargo de Conselheiro do Parlamento de Bordeaux, em 1713. Com a morte de seu tio paternal Jean-Baptiste, em 1716, aos vinte e sete anos, recebeu o título de barão de Montesquieu e de presidente do citado Parlamento, função que exerceu por alguns anos até que renunciou ao cargo de magistrado em 1726 e vendeu-o quando tinha apenas trinta e sete anos. Mesmo tendo sido um magistrado de atuação discreta, sua experiência pessoal frente a tão distinta função pública foi fundamental e deixou marcas profundas em sua obra e teorias, particularmente a da moderação. Sobre o tema, ver: SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional: una visión de derecho comparado**. Madrid: Dykinson, 2009. v. 2, p. 53-181; MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Montesquieu: o diálogo necessário. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (org.). **Novo manual de ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 201-249.

²⁷ Por mais que houvesse a presença de constituintes “radicais” e “ultraconservadores”, respectivamente “jacobinos”/“republicanos” e “absolutistas”/“déspotas”, a maioria deles vinculava-se a posições mais moderadas, buscando um governo limitado, mas sem desidrar os poderes imperiais. Para aprofundar a temática das vertentes ideológicas na Constituinte, vide: RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974. p. 42-47 e p. 274-276; LYNCH, Christian Edward Cyril. Liberal/liberalismo. In: FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 141-160.

Foi também relevante no processo de elaboração da Constituição do Império Benjamin Constant devido à inspiração exercida sobre Dom Pedro I e os “padres fundadores” com relação ao Poder Moderador. A teoria da separação de poderes, ainda que inspirada em Benjamin Constant, fundamentava-se predominantemente no pensamento de Montesquieu, especialmente no que toca à configuração do Poder Judicial²⁸, cujos problemas enfrentados com a magistratura apresentavam similaridades com a realidade brasileira da época²⁹, ou seja, não havia um ambiente institucional favorável à constituição de uma magistratura forte, atuante e institucionalmente bem estruturada à semelhança daquela norte-americana, que poucos anos depois seria, com extrema proficiência, descrita para a França e para o mundo em *A Democracia na América* na pena de Alexis de Tocqueville³⁰.

Conforme analisado no item anterior, os constituintes não foram entusiastas do Poder Judicial. Também não o foram os membros do Conselho de Estado designados por Dom Pedro I para elaborarem a futura Constituição. Havia significativo receio contra a classe dos magistrados, tanto que a Constituição do Império, na seção “*Do Poder Judicial*”, revelando grave consternação contra o abuso das funções judicantes, reservou, como nenhuma outra que se seguiu, quatro artigos (arts. 154 a 157) para tratar sobre as punições ou faltas disciplinares cometidas por magistrados.

Sobre a atuação dos juízes, a Constituição foi contundente no art. 152: *os juízes aplicam a lei*. Já se sabia, àquele tempo, e isso inclusive foi denunciado por alguns dos constituintes brasileiros, que a interpretação das leis constituía uma prática que

²⁸ Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 69-185.

²⁹ Para uma visão de como a sociedade percebia o Poder Judiciário francês nos idos do século XVIII, vide o “Relatório sobre a Organização do Poder Judiciário”, de 17 de agosto de 1789, elaborado por Nicolas Bergasse, um dos maiores seguidores de Montesquieu, que foi membro da Assembleia Nacional de 1789: BERGASSE, Nicolas. **Report on the organization of judicial power**. Ottawa, Ontario: Department of Justice, 1789. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ilp-pji/rev2/rev2.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2024. Nicolas Bergasse denunciou diversas mazelas que acometiam a justiça francesa, reivindicando a refundação do Poder Judiciário: as pessoas tinham medo dos juízes; eles eram corruptos e despreparados tecnicamente, além de não poderem ser responsabilizados por atos ilegais e abusivos, cometidos no exercício de suas funções; a nomeação dos juízes, bem como a suspensão e a demissão, eram efetivadas pelo monarca, o que gerava sua dependência ao Poder Executivo; as partes litigantes é que remuneravam os juízes, o que comprometia a imparcialidade, sempre em favor dos mais ricos; não existia o devido processo legal; o cargo de juiz era comercializável e objeto de herança; dentre outros males. A queixa mais contundente, e a mais impressionante aos olhos de hoje, referida no Relatório de Bergasse, dizia respeito ao fato de os juízes não se vincularem às leis, existindo margem considerável de discricionariedade, e de eles, além disso, incorrerem em constante interpretação das leis, o que era fonte das maiores arbitrariedades e inseguranças que se poderia imaginar.

³⁰ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 111-119.

poderia alterar substancialmente o conteúdo das leis. O historiador constitucional Michael Stolleis³¹ já chamara atenção para o fato de que, desde a Idade Média, o direito de legislar envolve a prerrogativa de interpretar a lei autêntica e legitimamente. Com a formação dos estados modernos, a interpretação se tornou uma prerrogativa do monarca que poderia delegá-la a funcionários de sua confiança. A partir do século XIX, porém, o cenário se modificou devido a uma série de fatores, dentre os quais se destaca a consagração da efetiva independência do Judiciário. Interpretação e independência, pois, caminham juntas na história da afirmação do Judiciário.

Essa independência significava resguardar os juízes da sujeição ou da influência dos demais poderes, em especial do monarca. No caso do Brasil, a Constituição de 1824, embora tenha aclamado, nos arts. 151 e 153, que os juízes seriam independentes e “perpétuos”, não assegurou a efetiva independência e perpetuidade na prática. Basta lembrar que, ao imperador, ora atuando como Poder Moderador (art. 101), ora como chefe do Poder Executivo (art. 102), cabia nomear os magistrados (art. 102, III) e suspendê-los (art. 101, VII, c/c art. 154), conforme previsão da própria Carta Constitucional, além das prerrogativas de concessão de anistia (art. 101, IX) e de perdão ou moderação da pena imposta por condenação judicial (art. 101, VIII).

4. Poder Judicial sob a Constituição Imperial de 1824: rupturas e continuidades

A previsão do Poder Judicial na Constituição de 1824 não selou seu destino, apenas fechou o ciclo inicial de sua estruturação, que conheceria novas etapas. Após a outorga da Constituição, fez-se necessário erguer e regulamentar o sistema de administração de justiça do Império. Com seu funcionamento, manifestaram-se as dificuldades e, com elas, as propostas para a adequação da justiça aos novos tempos, inclusive no que se refere à independência e à interpretação judiciais. Em consequência, iniciou-se o processo de amadurecimento institucional e de ressignificação da missão institucional do Poder Judicial.

³¹ Cf. STOLLEIS, Micheal. Judicial interpretation in transition from the ancien régime to constitutionalism. In: MORIGIWA, Yasutomo; STOLEIS, Michael; HALPERIN Jean-Louis (ed). *Interpretation of law in the age of enlightenment*. Heidelberg: Springer, 2011. p. 3-17.

4.1 Lei de criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império

Em 1826, foi apresentada, na Câmara dos Deputados, a proposta de instituição do Supremo Tribunal de Justiça do Império, cuja criação estava prevista no art. 163 da Constituição. A discussão em torno da modelação do Supremo Tribunal revelaria as convicções hegemônicas dos parlamentares, da Câmara e do Senado, quanto ao Poder Judicial e seus juízes.

Em boa medida, reiterou-se o conceito do Poder Judicial previsto na Constituição. O Supremo Tribunal de Justiça, por consequência, foi rigorosamente concebido nos termos constitucionais sem que houvesse espaço para ampliar suas atribuições constitucionais, tampouco para colocá-lo em concorrência com a Assembleia Geral. A Lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, manteve-se dentro da tradição judicial portuguesa, da literalidade da Constituição de 1824 e pouco inovou em termos de possibilidade de construir um sistema judicial dotado de maior largueza institucional.

É preciso reconhecer, entretanto, que, nos debates legislativos, despontaram parlamentares que já se inspiravam na experiência do Judiciário norte-americano e inglês para justificarem a criação de um Supremo Tribunal com maior projeção institucional. Foi o caso do Deputado Federal Paula Sousa³² que, citando a experiência dessas duas nações civilizadas dotadas de um sistema judiciário excelentemente constituído, procurou aprovar uma emenda que vincularia os tribunais inferiores ao julgamento do Supremo Tribunal de Justiça do Império quando este decidisse que a sentença fosse nula ou injusta.

Para o Deputado Paula Sousa, seria impossível que o Supremo Tribunal cumprisse sua destinação institucional de instância uniformizadora do direito se, diante da declaração de nulidade ou da injustiça de uma sentença, fosse permitido às relações julgarem essa mesma sentença válida ou justa, isto é, contrariar a decisão do Supremo. O objetivo de aquele Tribunal Superior, dizia o referido parlamentar, “coarctar ou sanar os erros dos tribunais inferiores” seria ilusório³³. Além disso, sua

³² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1978. p. 188 e ss.

³³ O Deputado Paula Sousa provocou seus opositores: “Julgando o Supremo Tribunal que a sentença é nula, sendo ela outra vez julgada válida, produzirá o bem a que nos propomos? Depois não será um desprezo feito ao Tribunal Supremo a revogação de sua decisão?”. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. p. 100-103.

proposta de vinculação das relações permitiria apurar a responsabilidade dos magistrados mediante julgamento nulo ou injusto³⁴.

O Deputado Costa Aguiar³⁵ somava-se ao pequeno grupo dos que pretendiam estabelecer papel institucional mais relevante para o Supremo Tribunal de Justiça. Ele chegou a afirmar que chegaria o tempo em que os legisladores deveriam alterar a própria Constituição, já que as atribuições por ela previstas para o Supremo Tribunal, quanto à concessão e à denegação de revistas, estariam bem aquém do potencial e dos benefícios que o Tribunal deveria produzir. À luz dos valores do bem público e da justiça, o parlamentar sustentou que seria “melhor que as sentenças fossem ali mesmo reformadas e revistas, estando nos termos desta concessão”.

A maioria dos parlamentares, contudo, opôs o art. 164, I, da Constituição do Império. O Supremo Tribunal de Justiça fora concebido com a natureza de corte de cassação. Sua feição institucionalmente retraída, segundo alegavam³⁶, seria uma exigência da própria Constituição, que, além de limitar a apreciação do recurso de revista à concessão ou à denegação, estabelecera que as relações tinham a competência de julgar em segunda e última instância (art. 158). Desse modo, jungir o Supremo Tribunal de Justiça com prerrogativas de julgar direta, definitiva e soberanamente, faria com que os acórdãos por ele anulados, em sede de recurso de revista por injustiça notória e nulidade manifesta, criassem uma terceira instância, o que violaria o princípio consagrado na Constituição do duplo grau de jurisdição³⁷.

³⁴ Posteriormente, o mesmo Deputado Paula Sousa responsabilizaria as falhas da lei em função do parâmetro constitucional escolhido: “Eu entendo que este Tribunal Supremo de Justiça é uma imitação do Tribunal de Cassação da França, porque este artigo é tirado da Constituição de Lisboa; a Constituição de Lisboa tirou da Constituição de Espanha; e esta tirou da França”. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. p. 100-101.

³⁵ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. p. 183-187.

³⁶ O Deputado Teixeira Gouveia contestou vigorosamente, dizendo que, nos termos da Constituição, não se admitiria que a revista consistisse em reformar ou declarar nula a sentença, devendo o processo voltar à relação para receber a última decisão, porquanto o Supremo não emitiria juízo definitivo. O Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos afirmou que o Supremo “não pode dar sentença final no caso de revista, porque diz a Constituição conceder ou denegar revistas”, mesmo achando que a solução da Constituição não fosse boa. O Deputado Almeida e Albuquerque concordou, acrescentando que conferir-se poder ao Supremo para julgar as revistas acarretaria a criação de uma terceira instância, o que seria contra a Constituição. O parlamentar Lino Coutinho atacou a proposta de Paula Sousa, por entendê-la contrária à Constituição: seria uma terceira instância. O Deputado Xavier de Carvalho também sustentou a inconstitucionalidade da proposta de o Supremo ser autorizado a julgar as revistas. Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. p. 100-105.

³⁷ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. p. 150-151, p. 180-183 e p. 191-194.

É interessante observar, ainda, alguns detalhes das considerações realizadas nesse debate, porque revelam elementos sobre a compreensão da interpretação judicial, a dimensão institucional do Supremo Tribunal de Justiça, o recurso de revista por ele julgado e o esforço de não se criar um tribunal de cúpula que pudesse interferir nos demais poderes. Entende-se, assim, a manifestação do Deputado Almeida e Albuquerque³⁸, que reivindicou a primazia da soberania popular e a limitação da liberdade dos juízes ao estrito teor da lei para impedir qualquer margem de discricionariedade judicial: “é do interesse político que se não autorize um juiz a fazer-se superior à lei e a ordenar o contrário do que a lei ordena”. O Deputado Custódio Dias³⁹ sugeriu que se reduzissem, ao máximo, os poderes discricionários dos juízes quanto ao cabimento do recurso de revista: “quisera até que com eles se acabasse, se é possível, porque temos visto o poder discricionário ir ao infinito”.

O senador Marquês de Caravelas⁴⁰, ex-constituente e membro do Conselho de Estado que redigiu a Constituição, defendeu que o Supremo Tribunal de Justiça seria “um Argos vigilante que observa a justa aplicação da lei”, o “santuário da justiça”, e que o verdadeiro fim do recurso de revista seria “sustentar a harmonia e uniformidade da aplicação das leis”. No entanto, o Marquês de Caravelas⁴¹ foi contrário à ideia de que o Supremo realizasse a “inspeção do Poder Judiciário” e de que “todas as resoluções deste Poder devem vir a ele para manter a uniformidade da nossa jurisprudência”. Em sua visão, o objetivo da lei em votação seria determinar as atribuições constitucionais, em especial as de conceder e denegar revistas. A vigilância geral sobre o Poder Judicial pertenceria ao imperador pelo exercício do Poder Moderador.

Essa compreensão das funções institucionais do Supremo Tribunal de Justiça, contudo, foi posta em xeque pelo Visconde de Alcântara⁴². O ex-chanceler da Casa de Suplicação e ex-constituente de 1823 aludiu ao caráter manco e contraditório do

³⁸ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 36.

³⁹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 34.

⁴⁰ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 231-234 e p. 208-213.

⁴¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 213.

⁴² Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 232-233.

projeto de lei e propôs que se criassem outros requisitos para o cabimento da revista, tais como “contravenção expressa da lei” e “contrariedade de outra sentença dada em última instância entre as mesmas partes” para que se assegurasse a uniformidade de julgamento em todas as causas.

Foi de imediato contraditado pelo Deputado Antônio Luís Pereira da Cunha⁴³ (visconde de Inhambupe), ex-constituente de 1823 e um dos redatores da Constituição de 1824, sob a alegação de que tal uniformidade jamais seria atingida, posto que desejável. Primeiro porque ao Supremo não cabia julgar, mas apenas denegar e conceder revistas. Segundo porque a interpretação autêntica seria atribuição da competência do Legislativo, embora o juiz detivesse a alçada para realizar a interpretação doutrinal⁴⁴.

Desse modo, é importante observar como, desde sua fase gestacional, o debate em torno das competências do Supremo Tribunal de Justiça suscitava uma sensível tensão jurídica e política que moldava e definia a atividade jurisdicional dos juízes e das relações.

De um lado, na esteira da tradição jurídica luso-brasileira, seriam suas atribuições limitadas ao que a Constituição estritamente dispunha, de modo que se instituiria uma corte de cassação, particularmente competente para conceder ou denegar o recurso de revista e sem julgar o mérito recursal, arriscando-se a falhar com o cumprimento de sua missão institucional de uniformizar a aplicação do direito. De outro lado, rompendo com a tradição, o Supremo Tribunal poderia ser transformado em corte de revisão (e não apenas de cassação), o que envolveria o risco de instituir-lhe competências que, ou afrontariam o Poder Executivo e o imperador, sujeitando-os ao escrutínio do Poder Judicial, ou iriam se tornar conflitantes com o Poder Legislativo, investido da função de realizar a interpretação autêntica, ou seja, com eficácia geral (art. 15, VIII).

⁴³ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil*. p. 233-234.

⁴⁴ Na visão de Pimenta Bueno, um dos juristas do Império que examinou o tema da interpretação jurídica com a complexidade e a sensibilidade política secularmente existente, a interpretação constituía o ato de declarar, de explicar o sentido da lei e se classificava em “por via de autoridade” ou “por via de doutrina”, a qual pode ser doutrina judicial ou doutrina comum (dos sábios ou jurisconsultos). Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. p. 69 e ss.

Prevaleceu, nesse momento, a posição de que o Supremo Tribunal de Justiça deveria restringir-se ao papel de corte de cassação, sem maiores atribuições de conotação política a exemplo do controle de constitucionalidade das leis⁴⁵, o que somente tenderia a se modificar décadas à frente⁴⁶.

4.2 Luta pela independência judicial

A história do Poder Judiciário no século XIX foi, em grande medida, a história da construção efetiva de sua independência em face do Poder Executivo. Embora formalmente prevista no art. 151 da Constituição de 1824, um dos grandes desafios da justiça foi garantir condições para o livre exercício da função jurisdicional sem interferências externas. As discussões, reivindicações e reclamações em torno do aperfeiçoamento do Judiciário aumentaram com o passar do tempo, o que é razoável, dado o aprendizado que se ia acumulando a partir do funcionamento das próprias instituições nacionais.

Em 1835, o Advogado Justiniano José da Rocha⁴⁷ escreveu um ensaio sobre a justiça criminal, em que apontou a falta de imparcialidade e independência dos juízes, especialmente quanto ao envolvimento com atividades políticas e eleitorais. Era necessário, em sua visão, apartá-los da vida político-partidária. Na *Memoria* oferecida ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 7 de setembro de 1847, o Advogado Francisco Ignacio de Carvalho Moreira⁴⁸ elaborou dura crítica à organização judiciária, em que o esplendor da justiça estava ameaçado pelas forças irresistíveis das paixões e dos acontecimentos políticos.

Também defendeu que a incompatibilidade dos juízes deveria estender-se para os mandatos eletivos, livrando-os das “influencias das ambições politicas”. O risco que

⁴⁵ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org). **Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1829-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-103.

⁴⁶ Sobre o tema, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. p. 69-185.

⁴⁷ Cf. ROCHA, Justiniano José da. **Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C., 1835. p. 9. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26759>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁴⁸ Cf. MOREIRA, Francisco Ignacio de Carvalho. **Do Supremo Tribunal de Justiça: sua composição, organização e competencia: memoria oferecida ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em sessão publica de 7 de setembro de 1847, quarto anniversario de sua abertura**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1848. p. 3-34. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/417>. Acesso em: 26 nov. 2024.

sofria a administração da justiça era altíssimo, pois “os interesses políticos, a luta das opiniões partidárias, o jogo das ambições os levão insensivelmente a huma dependência real quer do Poder, quer do povo”, o que desnaturava a instituição judicial, bem como sua imparcialidade e independência. Manter, pois, o Supremo Tribunal de Justiça e o Poder Judicial, em geral, apartados da política seria imprescindível a fim de assegurar a independência dos juízes e de formar uma magistratura técnica e profissional idônea para exercer sua missão institucional com imparcialidade e autonomia⁴⁹.

O magistrado José Antonio de Magalhães Castro⁵⁰ endossou a crítica da falta de independência judicial no livro “*Decadência da Magistratura Brasileira*”, publicado em 1862, no qual investigou as causas que conduziram a magistratura brasileira à completa desgraça. Não obstante o marco constitucional e legal da organização judiciária, seria evidente a falta de independência dos juízes e a calamidade em que se achava a administração da justiça⁵¹.

A magistratura brasileira foi também criticada pelo presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, Agostinho Marques Perdigão Malheiro⁵², no discurso proferido em 7 de setembro de 1864. O Advogado, filho de ministro do Supremo Tribunal de Justiça, era sensível à relevância da função judicial e ressaltou as conexões recíprocas entre os juízes e as garantias dos direitos individuais, o que vai gerando uma mudança conceitual sobre o papel do Poder Judicial. Entretanto, reclamou da mão pesada do Executivo, que esvaziaria as garantias institucionais da magistratura com consequências funestas para a liberdade dos cidadãos⁵³.

⁴⁹ Cf. MOREIRA, Francisco Ignacio de Carvalho. **Do Supremo Tribunal de Justiça**: sua composição, organização e competência: memoria oferecida ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em sessão publica de 7 de setembro de 1847, quarto anniversario de sua abertura. p. 42-45.

⁵⁰ Cf. CASTRO, José Antonio de Magalhães. **Decadência da magistratura brasileira**: suas causas e meios de restabelecel-a. Rio de Janeiro: Typographia de N. L. Vianna e Filhos, 1862. p. 5 e ss. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/501>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁵¹ Com a autoridade de quem integrava a classe de magistrados, Magalhães Castro apontou a insuficiência das disposições constitucionais em relação à efetivação da independência dos juízes: “Juizes dependentes, juizes venaes, sem liberdade, sem integridade moral, são estes os brados, que partem de todos os pontos do imperio. Não contesto as acusações; facto inconcusso é, sem dúvida, a decadência da magistratura, no Brasil, e em quanto, de facto, forem os magistrados do Brasil, dependentes e temporareos, tambem a justiça fugirá de nós”. CASTRO, José Antonio de Magalhães. **Decadência da magistratura brasileira**: suas causas e meios de restabelecel-a. p. 9-10.

⁵² Cf. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. Discurso. **Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros**, n. 1-3, p. 43-52, jan./out. 1865.

⁵³ O argumento de Perdigão Malheiro era similar aos demais e revelava a assimetria entre o texto constitucional e as práticas governamentais: “A independencia, v.g., do Poder Judicial é garantida e reconhecida como um dos melhores e mais seguros meios de guardar a inviolabilidade dos direitos civis e politicos dos cidadãos. Igualmente é decretada a perpetuidade dos Magistrados, como condição essencial dessa independencia. E no entanto por mais de uma vez a

França e Leite, em *Considerações Políticas sobre a Constituição do Brazil*⁵⁴, reprovou os juízes que se ocupavam muito pouco do próprio ofício e se dedicavam prioritariamente à política, o que teria causado sérios desvirtuamentos: “A politica tem desvairedo a nossa magistratura no estudo do direito de maneira que as questões profundas de jurisprudência são pouco conhecidas por ella em sua maior parte”. Se os juízes, em regra, eram pessoas íntegras e sensatas, sob o ponto de vista do conhecimento técnico-jurídico, poucos iriam se destacar, porque não aprofundavam a literatura jurídica ou se tornavam juriconsultos. A política lhes consumia todo o tempo, a disponibilidade e a energia.

Por efeito dessa indiferenciação entre direito e política, os juízes ocupavam funções públicas em todos os rincões da administração imperial em detrimento obviamente de sua essencial função de fazer justiça. Eis por que França e Leite, a fim de combater a politização da magistratura política, defendeu que os cargos de juiz deveriam se tornar incompatíveis com quaisquer outros. Era imprescindível que os juízes fossem unicamente juízes, como ocorria na Inglaterra, onde eram respeitabilíssimos por sua dignidade e por seu conhecimento do direito.

O Visconde do Uruguay⁵⁵, por sua vez, recriminou a remoção de juízes pelos presidentes provinciais, atribuição prevista em leis provinciais que se fundamentariam na competência instituída pelo Ato Adicional de 1834. Desse modo, a razão de se atribuir aos presidentes essa competência, explicou Uruguay, residira na má reputação de que gozava a magistratura entre os parlamentares quando da elaboração

mão violenta do Poder Executivo tem infringido esses preceitos, verdadeiros dogmas da nossa organização politica”. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. Discurso. p. 51.

⁵⁴ Diante da polivalência dos juízes, difícil era dedicarem-se a seus deveres com a justiça: “A politica tem desvairedo a nossa magistratura no estudo do direito de maneira que as questões profundas de jurisprudencia são pouco conhecidas por ella em sua maior parte. Tem se visto em quasi todo o Brazil, ella formar as maiorias das Assembléas Provincias e da Assembléa Geral, na parte relativa á Camara dos Deputados. O governo a tem distrahido com empregos de mera administração, de sorte que nas alfandegas, e outros empregos de fazenda se encontram Juizes de Direito; nas presidencias e muitas outras commissões mormente administrativas, e na policia encontram-se constantemente magistrados distrahidos dos seus lugares em contrario a disposição da Constituição”. Cf. LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos França e. **Considerações politicas sobre a Constituição do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. de Aguiar, 1872. p. 271-273. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/538>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁵⁵ Cf. URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. **Estudos praticos sobre a administração das provincias no Brasil**: primeira parte: acto adicional. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1865. v. 1, p. 436-439. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220529>. Acesso em: 26 nov. 2024.

do Ato. Daí, o rigor contra eles⁵⁶. Fora isso, havia a competência expressa de a Assembleia Provincial decretar a suspensão e, até mesmo, a demissão do magistrado.

Em um e outro casos, o resultado foi o mesmo. A independência do magistrado foi minada, sobretudo porque a coloração política preponderava em muitos julgamentos. Ao longo de trinta anos, ele afirmou não conhecer um único julgamento de nenhuma assembleia provincial que haja “condenado um Magistrado justa e desapaixonadamente”⁵⁷.

Tristão de Alencar Araripe⁵⁸, em 1874, escreveu “*Relações do Império: compilação jurídica*”, em que defendeu o aperfeiçoamento da justiça nacional como elemento imprescindível ao atingimento da felicidade social. Além disso, ponderou que a frágil situação da magistratura brasileira se devia à falta de convencimento dos estadistas brasileiros para confiar-lhe inteiramente sua missão constitucional⁵⁹. De sua narrativa, extrai-se claramente o tratamento vil e desrespeitoso desferido pelo Poder Executivo ao Judiciário⁶⁰ – os princípios constitucionais, que estavam na base da organização judiciária, eram tranquila e sobejamente violados pelo governo.

No entanto, parece ir ao ponto que, de certo modo, sempre esteve a obstar a reconfiguração do Poder Judicial, tornando-o um poder efetivamente independente, apto a ser guardião dos direitos individuais: “No Brazil havemos feito quanto convem para elevar a magistratura á dignidade de poder independente, qual o formulou a nossa constituição politica? A resposta é negativa”⁶¹. E por que seria negativa essa resposta? Com sua larga experiência na magistratura, o desembargador Alencar

⁵⁶ Eis sua opinião: “Na época em que foi feito o adicional era mal vista a Magistratura. Com raras exceções erão seus membros considerados como regressistas e como outros tantos obstaculos ao progresso. Era preciso que as Assembléas pudessem decepar as cabeças da hydra”. Cf. URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Estudos praticos sobre a administração das provincias no Brasil*. Tomo II. p. 207.

⁵⁷ Cf. URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Estudos praticos sobre a administração das provincias no Brasil*. v. 2, p. 221-232.

⁵⁸ Cf. ARARIPE, Tristão de Alencar. *Relações do Império*: compilação jurídica. Rio de Janeiro: Typographia Theatral e Commercial, 1874. p. 3-10.

⁵⁹ Cf. ARARIPE, Tristão de Alencar. *Relações do Império*: compilação jurídica. p. 365.

⁶⁰ Tratamento impróprio de longa data, notou Alencar Araripe: “Começavamos apenas a organização da magistratura nacional, conforme as normas constitucionaes, e ja ella sofria um golpe violento”. Os princípios constitucionais, destarte, não passariam de “uma trinxeira de papel”. ARARIPE, Tristão de Alencar. *Relações do Império*: compilação jurídica. p. 374.

⁶¹ Tal receio levava à indecisão e à morosidade que, muitas vezes, convertia-se na própria inação: “Temem por ventura o desenvolvimento da sua energia, ou descrêem da sua eficacia? Não sei. Basta porém um lance d’olhos pelos actos officiaes para reconhecer a indecizão das idéas sobre a organização definitiva da magistratura nacional”. ARARIPE, Tristão de Alencar. *Relações do Império*: compilação jurídica. p. 363.

Araripe, que futuramente iria tornar-se ministro do Supremo Tribunal de Justiça, arriscou uma explicação: “E para exprimir-nos com franqueza, cabe dizer, que presente-se nos homens políticos do nosso paiz certa desconfiança contra a ação da magistratura”. Ao que parece, havia certo clima de insegurança quanto à criação de uma instituição que tivesse condição de, no futuro, “capturar” todos, isto é, sujeitar ao império da lei e da Constituição todos os atos e ações do Estado.

Esse sentimento é compartilhado por outros juristas. Magalhães Castro⁶², por exemplo, aludia à existência de uma “guerra surda” contra a magistratura devido à “injusta desconfiança dos nossos Estadistas contra os Magistrados, cujo abatimento tem sido sempre o alvo de todos os Partidos políticos no Brazil”. A desconfiança, por sua vez, conduziria à restrição institucional do Poder Judiciário e à sua “mesquinha condição de dependencia”, que afetaria desde os ministros do Supremo Tribunal de Justiça até os juízes de início de carreira. A razão para isso está no fato de que um Poder Judiciário, constituído sob “organização larga e forte” e em “larga base de independência”, conforme expressões do então Ministro de Justiça Lafayette Pereira⁶³, significaria o realinhamento da lógica dos poderes, pois, conforme o próprio ministro antevira e, provavelmente, muitos, se não todos, parlamentares o sabiam: “uma magistratura perfeitamente independente, que seja a garantia de todos, tem uma grande influencia no exercicio dos poderes politicos da nação”⁶⁴. Faz-se importante notar, pois, que, a cada crítica, reiterava-se a fundamentalidade do Poder Judicial e dos juízes para a felicidade da nação, o progresso e a garantia dos direitos individuais e da Constituição.

Durante esse período, houve a aprovação de leis e decretos que tentaram coibir as práticas governamentais abusivas. Foram editados, por exemplo, o Decreto n. 560, de 28 de junho de 1850, e o Decreto n. 559, de 28 de junho de 1850.

O primeiro instituiu a gratificação de efetivo exercício no cargo em favor dos juízes de direito, procurando estimulá-los a permanecerem em seus ofícios. Assim,

⁶² Cf. CASTRO, José Antonio de Magalhães. *Projectos de lei para organização judiciaria e reforma do art. 13 § 2º da Lei de 20 de setembro de 1871 sobre a prisão sem culpa formada, e a formação da culpa*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1877. p. 7 e ss.

⁶³ As expressões foram utilizadas em discurso proferido na Câmara dos Deputados, na sessão 29 de janeiro de 1879.

⁶⁴ Cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Reorganização da magistratura. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudencia e legislação, v. 22, n. 195, p. 395-410, 1879. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/docreader/DocReader.aspx?bib=234788&pesq=Lafayette+Rodrigues+Pereira+Reorganisa%C3%A7%C3%A3o+da+magistratura&pagfis=13604>. Acesso em: 26 nov. 2024.

combatia-se o crônico problema dos baixos vencimentos dos juízes⁶⁵ e tornava-se mais atraente o efetivo exercício do cargo de juiz, diminuindo o poder sedutor que suscitavam nos magistrados os cargos e as funções oferecidas pelo governo central, o que trazia sérios prejuízos para a administração da justiça nas províncias⁶⁶.

Já o Decreto n. 559, cuja finalidade era colocar o “juiz de direito ao abrigo do despotismo e influencia do Poder Executivo”⁶⁷, estabeleceu a divisão judiciária das províncias em entrâncias, classificando-as em três classes (primeira, segunda ou terceira entrância), proibindo a prática da remoção de magistrados para comarcas longínquas, inóspitas ou indesejáveis, o que implicava uma relevante restrição ao poder do governo de livremente remover juízes e um passo decisivo para assegurar a independência.

A nova regulamentação inibiu a prática, mas não conseguiu abolir completamente os excessos governamentais contra os juízes, conforme analisou Joaquim Rodrigues de Sousa⁶⁸, que enumerou diversos decretos de aposentação e remoção de magistrados após a edição do referido decreto.

Outro importante passo na profissionalização dos magistrados ocorreu com a incompatibilização eleitoral dos juízes de direito e municipais, estabelecida pelo Decreto legislativo n. 842, de 19 de setembro de 1855, denominado de “Lei dos Círculos”⁶⁹, a qual depois foi estendida aos juízes de órfãos e aos desembargadores por força do Decreto Legislativo n. 2.342, de 6 de agosto de 1873.

⁶⁵ Posteriormente, a Lei n. 647, de 7 de agosto de 1852, determinou que os ministros do Supremo Tribunal de Justiça e os Desembargadores das relações venceriam uma parcela fixa (ordenado) e parcela variável (gratificação de exercício), condicionada ao efetivo exercício do cargo. Cf. ARARIPE, Tristão de Alencar. **Relações do Império**: compilação jurídica. p. 383.

⁶⁶ O presidente da Província da Bahia, em 1841, reclamou ao governo central que, nas quinze comarcas de sua província, contavam-se apenas dois ou três Juízes de Direito, pois o restante estava no exercício de mandato parlamentar na Câmara dos Deputados ou em gozo de licença no Rio de Janeiro. Cf. FLORY, Thomas. *Judicial politics in nineteenth-century Brazil*. p. 689.

⁶⁷ Cf. LEAL, Aurelino. História judiciária do Brasil. In: INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO. **Dicionário histórico geográfico ethnográfico do Brasil**: (commemorativo do primeiro centenário da Independência). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922. v.1, p. 1149-1150.

⁶⁸ Cf. SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, teoria e pratica do governo constitucional brasileiro**. São Luiz: Typ. B. de Mattos, 1867-1870. v. 2, p. 372 e ss. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185573>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁶⁹ A reforma eleitoral foi importante porque conseguiu alcançar seu objetivo de diminuir a influência do governo, em particular, dos juízes, na Câmara. Essa reforma já mostrou seu impacto na eleição de 1856 quando o número de burocratas foi reduzido. Cf. CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite imperial: teatro das sombras: a política imperial. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 399.

A despeito de a independência do Poder Judicial não se ter traduzido em uma realidade institucional, nem mesmo normativa, o discurso de afirmação em prol da independência judicial e da efetiva consolidação do Judiciário como poder político autônomo e infenso aos demais poderes foi aos poucos se sedimentando. Em consequência, gradualmente valores positivos se associaram à função jurisdicional, contribuindo, de um lado, para modificar o imaginário social em torno dos juízes e, de outro, para reforçar direta ou indiretamente a legitimidade discursiva em torno do ato de interpretação das leis pelo juiz enquanto etapa inerente à aplicação judicial.

4.3 A luta pela interpretação judicial

A defesa pela efetivação da independência judicial iniciou o processo de resignificação semântica do princípio da separação dos poderes, oferecendo bases ao discurso legitimador dos juízes como intérpretes das leis e futuros defensores da Constituição, pois os doutrinadores brasileiros, durante muito tempo, não reivindicaram papel de maior relevância institucional para os juízes nem criticaram a estruturação do Poder Judicial na Constituição de 1824.

Lourenço José Ribeiro⁷⁰, primeiro lente da Faculdade de Direito de Olinda e responsável pela disciplina de “Análise da Constituição do Império”, já em 1829, ensinava, em uma concepção tributária a Montesquieu, que os poderes do Estado se dividiam em dois: o Poder Legislativo, cuja função é pensar e querer; e o Poder Executivo, que realiza e executa. O Judicial permanecia à sombra dos outros dois poderes.

Para Lourenço José⁷¹, o importante era que o poder não fosse concentrado em uma única autoridade. Ele ponderava que, em caso de violação à liberdade de imprensa, se o ato ilegal viesse do Executivo, o cidadão poderia recorrer ao direito de petição ao Legislativo; se a conduta ofensiva proviesse do Legislativo, o chefe do Executivo, destituído de interesse em manter a Constituição violada, não sancionaria a lei. No pensamento de Lourenço José, não havia lugar institucional ao Poder Judicial, que sequer era contemplado como instituição de efetivação da lei no caso concreto ou de proteção dos direitos individuais, função essencialmente exercida pelo Parlamento⁷².

⁷⁰ Cf. RIBEIRO, Lourenço José. Análise da Constituição política do Império do Brasil. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 34, n. 142, p. 1-155, abr./jun. 1977.

⁷¹ Cf. RIBEIRO, Lourenço José. Análise da Constituição política do Império do Brasil. p. 34-36.

⁷² Sobre a atuação da Assembleia Geral como instância garantidora dos direitos individuais, há muitas pesquisas recentes em desenvolvimento, como, por exemplo: SLEMIAN, Andréa; FERNANDES, Renata Silva. “Na forma que

Destacou o mestre do Curso de Olinda que a Constituição de 1824, em seu art. 15, VIII, previu ser da competência da Assembleia Geral fazer as leis, suspendê-las, revogá-las e interpretá-las, o que seria natural, já que sua interpretação consistia na “explicação da obscuridade da lei”, ou seja, seria um ato de natureza legislativa inerente à atuação da Assembleia⁷³. Por força do art. 15, IX, à Assembleia cabia “velar na guarda da Constituição”, o que conferia indeterminados poderes para guardar a Constituição, segundo as circunstâncias de cada situação.

Opinião similar, em matéria de interpretação das leis, foi a de José Maria de Avellar Brotero⁷⁴, professor do Curso Jurídico de São Paulo. Ele seguia a tendência geral do pensamento jurídico da época, reservando ao Poder Judiciário posição de inferioridade no cenário institucional, enquanto ao Executivo e ao Legislativo foi reservado o protagonismo institucional.

Quase trinta anos depois, foi publicado o livro *“Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Império”*, talvez a mais reverenciada obra de Direito Constitucional do Império, de José Antônio Pimenta Bueno. Não obstante, há muitos pontos em comum com Lourenço José Ribeiro, a começar pelo tom laudatório à Constituição Imperial, o “jurista do Império” pôde trazer uma contribuição melhor elaborada no que concerne ao Poder Judicial e à interpretação das leis.

Pimenta Bueno dizia não enxergar relevância prática na discussão sobre a natureza do Poder Judicial, fosse como poder autônomo, fosse como mera ramificação do Executivo. O importante eram os modos de execução da lei, por ambos os poderes, que divergiam e eram independentes entre si e em relação aos demais poderes. O Executivo promovia o interesse social e a execução das leis de interesse geral, enquanto o Poder Judicial tinha uma missão diferente: “examina a natureza e circunstancias dos factos, ou questões de interesse privado e as disposições das leis, ou direito respectivo, e determina, julga, declara quaes as relações que vigorão entre essas questões e o direito”⁷⁵.

com tanta justiça se requer”: o direito de petição no contexto da Independência do Brasil. *Antíteses*, v. 15, n. esp., p.146-181, 2022. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/45121>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁷³ Cf. RIBEIRO, Lourenço José. *Análise da Constituição política do Império do Brasil*. p. 60.

⁷⁴ Cf. BROTERO, José Maria de Avellar. *A filosofia do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44 e ss.

⁷⁵ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. p. 327-328.

Ao magistrado cabia “conhecer das contestações dos direitos ou interesses que se suscitão entre os particulares, e em punir os factos criminosos pela applicação das leis civis e penaes”⁷⁶. Nas sociedades civilizadas, os direitos e as relações individuais do homem somente deveriam depender da justiça e “da protecção legal, fixa e esta-vel” e, jamais, estarem sujeitas a vontades individuais.

É possível perceber um dado interessante em Pimenta Bueno, bastante reite-rado em outros manuais de Direito Constitucional ao longo do século XIX: *ao juiz cabe aplicar as leis*. Esse é um modelo constitucional cujas raízes, como visto acima, se deixam reconduzir à Revolução Francesa, que procurava garantir a liberdade dos cidadãos mediante a uniforme aplicação das leis a todas as pessoas. Essa semântica do princípio da separação de poderes não seria desperdiçada nem esquecida com a mudança de regime, tendo permanecido nos estratos semânticos das sucessivas Constituições brasileiras, inclusive na de 1988⁷⁷.

No entanto, a teoria constitucional de Pimenta Bueno dava alguns passos adiante quando confrontada com a de Lourenço José Ribeiro ou a do mestre paulista José Maria de Avellar Brotero⁷⁸. Pimenta Bueno⁷⁹ examinou o ato de interpretar as leis com a profundidade que a matéria exigia: “O assumpto da interpretação das leis é muito valioso, é uma questão fundamental que joga com importantes materias do Direito Publico, com a divisão e independencia dos poderes”. A interpretação constituía o ato de declarar, de explicar o sentido da lei, com duas possíveis espécies: “por via de autoridade” ou “por via de doutrina”. Esta pode ser doutrina judicial ou doutrina comum (dos sábios ou jurisconsultos); aquela é a autêntica, geral e abstrata, determinando o verdadeiro sentido da lei.

Essa interpretação pertencia exclusivamente ao Legislativo, não só porque a Constituição assim o dispunha (art. 15, VIII), mas sobretudo devido à “natureza de nosso governo, divisão e limites dos poderes politicos”. E concluía: “Só o poder que

⁷⁶ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 328.

⁷⁷ Enfatiza-se esta ideia porque, na essência, ela está na base da polémica do conceito de “ativismo judicial” e das iniciativas contra a “ampliação” dos poderes do Supremo Tribunal Federal. Essa noção é extremamente equívoca e problemática, não podendo ser aqui discutida em detalhes. A expressão “ativismo judicial” comporta diversos sentidos e acepções, sendo a mais comum delas aquela que lhe agrega uma carga semântica negativa, de modo a caracterizar a atuação judicial, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, como usurpação das prerrogativas constitucionais legitimamente atribuídas aos demais poderes. Sobre o tema, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. *Interesse Público*, v. 14, n. 72, p. 123-155, mar./abr. 2012.

⁷⁸ Cf. BROTERO, José Maria de Avellar. *A filosofia do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

⁷⁹ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 69 e ss.

faz a lei é o unico competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento, o preceito della”⁸⁰.

É verdade que Pimenta Bueno flexibilizou um pouco o rigor da exclusividade da interpretação legislativa em relação à função judicial. Mesmo assim, era sempre por ocasião da necessidade da aplicação da lei ao caso concreto, quando o juiz formava uma inteligência que, no entanto, não constituía regra geral extensível a todos os casos. A decisão deveria ser restrita às partes do processo, pois, de contrário, o juiz usurparia a autoridade e as prerrogativas do legislador, fazendo prevalecer sua própria vontade e interesse em detrimento da competência constitucional atribuída ao Legislativo, que representava a nação brasileira.

Pimenta Bueno⁸¹ tinha plena consciência de que, por meio de uma interpretação obrigatória, a vontade da lei se desvirtuaria: “é manifesto que a vontade do interprete é quem domina, passa a ser a verdadeira lei, e o acto do legislador, a norma da soberania nacional, deixa de ter valor algum, serve apenas de pretexto para o predomínio de um outro poder”. Não havia dúvida, interpretar era uma dimensão do ato de criar as leis, razão por que não poderia sair da alçada do Legislativo, sendo os Poderes Executivo e Judicial absolutamente incompetentes para a interpretação por via de autoridade.

A interpretação judicial, ou por via de doutrina, seria a segunda forma a ser realizada detalhadamente em aplicação hipotética ou individual, por meio do estudo dos fundamentos da lei, a fim de chegar com segurança a suas conclusões diante da impossibilidade real de as leis previrem todas as circunstâncias dos casos regrados. Portanto, a interpretação judicial consistia na “faculdade que a lei deu ao juiz, e que por isso elle tem, de examinar o verdadeiro sentido, o preceito da lei, ou dos principios do direito, e de applica-lo á questão ante elle agitada tal qual o comprehende, e sob sua responsabilidade”⁸².

Sem esse direito exclusivo, justificava Pimenta Bueno⁸³, o juiz ficaria impossibilitado de cumprir com seu dever e a administração da justiça emperraria sem realizar seus objetivos. Entretanto, a interpretação do juiz decorre de uma delegação legislativa, de modo que seu escopo deveria ser restrito e controlado pelo legislador.

⁸⁰ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 69-70.

⁸¹ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 70-74.

⁸² Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 78.

⁸³ Cf. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. p. 78.

Um ponto importantíssimo é que a interpretação judicial não poderia jamais estabelecer uma regra geral, tornando-se obrigatória para outros juízes ou tribunais, hipótese em que iria se tornar uma interpretação autêntica, substituindo a própria lei.

O que Pimenta Bueno, com sua teoria da interpretação, tentou disfarçar ou não poderia ainda conscientemente conceber, em face do próprio modelo constitucional (francês) que lhe condicionava a leitura do funcionamento dos poderes políticos, foi discutido anos mais tarde por Francisco de Paula Baptista⁸⁴, lente catedrático de processo civil da Faculdade de Direito do Recife, e por Alfredo Lima⁸⁵, catedrático da Faculdade de São Paulo, em artigo sobre a interpretação das leis – a interpretação seria um ato necessário à aplicação de qualquer lei, por mais clara e perfeita que fosse, já que o juiz iria se ver sempre na contingência de reconstruir o pensamento do legislador⁸⁶.

Assumir a interpretação judicial como ato inerente à aplicação das leis foi um salto fundamental, ao menos teoricamente, para dar sustentação à futura forma republicana do Poder Judiciário que, na sua essência, é uma prática interpretativa das leis em cotejo com a Constituição. Naturalmente, a discussão sobre a interpretação judicial não esgota a explicação em torno da ascensão institucional dos juízes e do Judiciário, embora esta seja um pressuposto elementar, conforme intuição de Rui Barbosa⁸⁷.

Ao lado da discussão conceitual e prática em torno da interpretação judicial, a paulatina valorização institucional dos juízes foi reforçada por reivindicações ligadas à reforma do Poder Judicial. Os relatórios do Ministério da Justiça, a exemplo daquele elaborado por José Martiniano de Alencar⁸⁸, à época titular da pasta do

⁸⁴ Cf. BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica juridica para uso das faculdades de direito do Brazil**. 6. ed. melhorada com appendice. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901. p. 363-453. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/626>. Acesso em: 25 nov. 2024.

⁸⁵ Cf. LIMA, Alfredo Moreira de Barros. Da interpretação das leis. **Revista Academica de Estudos Juridicos**, v. 1, n. 1, p. 116-121, 1883.

⁸⁶ Para aprofundar a temática da evolução do conceito de interpretação no Império e no início da República, vide: LAURINDO, Marja Mangili. **A interpretação na cultura jurídica da Primeira República**: “Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espirito”. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022, *passim*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/240867>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁸⁷ Citando o constitucionalista norte-americano Story, Rui Barbosa afirmava que “o poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se elas se conformam à Constituição”. Cf. BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed., atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2004. p. 55.

⁸⁸ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministério da Justiça apresentado à Assembleia Geral Legislativa**: [1869]. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1869. p. 87-91.

Ministério da Justiça, sinalizavam outro aspecto sensível para a reformulação do Poder Judiciário: a alteração do funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça, para que deixasse de ser mera corte de cassação e exercesse a necessária função de “imprimir à jurisprudência nacional o cunho da uniformidade, e para servir de centro ao poder judiciário”.

O ministro de Justiça propunha o estabelecimento de arestos, dando-lhes força vinculante, além da possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça julgar diretamente as questões de direito que lhe chegassem por meio do recurso de revista, pois “a pratica actual amesquinha o supremo tribunal, e o reduz a um cravo na roda da justiça, á um obstaculo que protela apenas e adia”⁸⁹. Não obstante o continuado esforço dos ministros, somente em meados da década de 1870 é que se alterou a estrutura orgânica do Supremo Tribunal de Justiça⁹⁰. O Decreto Legislativo n. 2.684, de 23 de outubro de 1875, autorizou o Supremo Tribunal de Justiça a editar assentos com força de lei, isto é, proferir decisões com efeitos para além do caso concreto *sub judice*.

Durante os debates parlamentares sobre a reforma judiciária, em 1870 e 1871, o senador Cândido Mendes se posicionou pela reformulação do Poder Judiciário, defendendo novas prerrogativas com um discurso constitucional inovador. Ele tinha a convicção de que o Judiciário foi limitadamente regulamentado pela Constituição de 1824, sendo um “poder inútil” e dependente dos demais; o mesmo grau de desvalorização teria acometido o Supremo Tribunal de Justiça: “É supremo, sem ser supremo”⁹¹.

Inspirado no sistema judicial norte-americano, Cândido Mendes concebia o Judiciário como “o mais sincero sustentáculo das liberdades”, pois sua genuína função seria salvaguardar os direitos individuais e a Constituição. A fim de poder cumprir sua destinação institucional e constitucional, o senador defendeu que o Judiciário teria o “direito de interpretar doutrinariamente a Constituição”, embora tal atribuição não fosse expressamente prevista na Constituição. E, quase em tom de advertência, em uma linha de argumentação inspirada nos artigos federalistas

⁸⁹ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministério da Justiça apresentado à Assembleia Geral Legislativa**: [1869]. p. 90.

⁹⁰ Cf. LEAL, Aurelino. História judiciária do Brasil. p. 1156-1157.

⁹¹ Cf. BASTOS, Aurélio Mendes (org.). **Senador Cândido Mendes**: pronunciamentos parlamentares: 1871-1873. Brasília: Senado Federal, 1982. v. 1, p. 102 e ss.

dos *founding fathers*⁹², destacou que o poder de interpretação não configuraria intromissão ou participação judicial no processo legislativo, antes concorreria ao aperfeiçoamento das instituições da nação⁹³. Não sendo um poder político, porque não dependia da “opinião móvel do dia”, o Judiciário seria o poder que mais eficazmente poderia vigiar a Constituição, dizendo aos povos: “Não tendes obrigação de obedecer à esta lei, ou a lei que se está fazendo ou vai promulgar-se não está de conformidade com a Constituição”⁹⁴.

As décadas de 1870 e 1880 testemunharam uma clara reivindicação institucional em prol da consolidação do Poder Judicial, que pressupunha novo imaginário social dos juízes. Alguns atores políticos e jurídicos contribuíram com esse processo de reconstrução da imagem do Judiciário. O desembargador Aquino e Castro⁹⁵, junto ao senador Lafayette e o deputado Leandro Ratisbona, compôs comissão de reforma do judiciário, criada pelo governo imperial em 1881.

Na exposição de motivos do projeto de reforma, elaborado nessa linha discursiva de fortalecimento institucional, o Judiciário era concebido como condição essencial para o progresso e desenvolvimento da sociedade. O desembargador Aquino e Castro acreditava que o Judiciário deveria ser reconstituído no máximo interesse da sociedade para cumprir sua verdadeira função de “palladio das liberdades”⁹⁶. Para tanto, a reforma deveria “firmar a independência do Poder judiciário, segregando-o inteiramente do executivo, até hoje soberano arbitro de seus destinos”.

⁹² Inevitável reconhecer a similaridade entre seu argumento e o de Hamilton no *Federalist n.º 78* na defesa do controle judicial da constitucionalidade das leis e do protagonismo institucional do Poder Judiciário. Sobre o tema, vide: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Mentor Book, 1999. p. 432-440.

⁹³ Cf. BASTOS, Aurélio Mendes (org.). **Senador Cândido Mendes**: pronunciamentos parlamentares: 1871-1873. p. 251.

⁹⁴ Cf. BASTOS, Aurélio Mendes (org.). **Senador Cândido Mendes**: pronunciamentos parlamentares: 1871-1873. p. 205.

⁹⁵ Cf. CASTRO, Olegario Herculano d’Aquino e. Reforma judiciária. **O Direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, v. 28, p. 481-501, maio/ago.1882. O desembargador Aquino e Castro, que seria nomeado ministro do Supremo Tribunal em 1886, antes mesmo de apresentar o projeto de reforma, já indicara quais seriam suas principais diretrizes para reformulação da organização judiciária em artigo publicado no periódico *O Direito*. Todas elas relacionadas a providências que visavam à efetivação da independência judicial, que não passaria de uma promessa no texto da Constituição.

⁹⁶ Cf. CASTRO, Olegario Herculano d’Aquino e. Reforma judiciária. **O Direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, n. 31, p. 215-216, maio/ago.1883.

Leonidas Lessa⁹⁷ associou a organização do Judiciário ao grau de desenvolvimento e civilização dos países. A estrutura da justiça dos Estados Unidos revelaria a sabedoria dos legisladores e da nação, fazendo desse poder superior ao da Inglaterra: “É que, na patria de todos os progressos, não se podia menosprezar tão eminente orgam da civilização moral dos povos”. Tãmanha era a vinculação entre o progresso da sociedade e o Judiciário, que Leonidas Lessa⁹⁸ pretendeu caracterizar um esforço em escala mundial para o aperfeiçoamento da instituição: “A Belgica, a Hollanda, Portugal, emfim todas as nações cultas, esforçam-se para tornar cada vez mais respeitavel a ordem judiciaria”.

É significativo o contraste de imagens ao longo do século XIX: de sinônimo de corrupção, morosidade e ineficiência, a magistratura passou a ser vista como o motor do progresso social e símbolo do progresso e da civilização. Era o dogma político das nações civilizadas, disseram Alencar Araripe e Magalhães Castro⁹⁹, que pretendia ver o Judiciário como baluarte contra as arbitrariedades do Executivo em detrimento dos demais poderes.

No plano legislativo, mudanças ocorreram. O ano de 1876 registra a edição do Decreto n. 6.142, de 10 de março, que regulou o “modo de tomar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça”, o que configurou importante mudança paradigmática quanto à amplitude das funções institucionais do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Contudo, enquanto a ordem jurídica do Império esteve formalmente vigente, não se registrou a lavra de nenhum assento pelo Supremo Tribunal, conforme informou o ministro de Justiça Francisco d’Assis Rosa e Silva no relatório de 1889¹⁰⁰.

Era tempo de declínio da monarquia constitucional brasileira. Seguiu-se o desgaste do imperador Dom Pedro II com constantes ataques à monarquia, às suas instituições, em especial ao Moderador, e à própria legitimidade da Constituição em face do vício de origem decorrente da dissolução da Constituinte e de sua outorga

⁹⁷ Cf. LESSA, Leonidas Marcondes de Toledo. A reforma judiciaria. *O Direito*: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, n. 6, p. 374-387, jan./abr.1875.

⁹⁸ LESSA, Leonidas Marcondes de Toledo. A reforma judiciaria. p. 376.

⁹⁹ E lamenta profundamente a irrelevância institucional do Judiciário: “De facto, em vez de baluartes contra as invasões do Poder Executivo, os Juizes no Brazil como que maniatados involuntariamente convergem para avultar o mal, que todos lamentam”. Cf. CASTRO, Jose Antonio de Magalhães. *Projectos de lei para organização judiciaria e reforma do art. 13 § 2º da Lei de 20 de setembro de 1871 sobre a prisão sem culpa formada, e a formação da culpa*. p. 7.

¹⁰⁰ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório do Ministério da Justiça apresentado à Assembleia Geral Legislativa*: [1889]. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1889. p. 53-54.

pelo imperador Dom Pedro I. Essas críticas, impulsionadas pelas crescentes manifestações republicanas, fizeram com que fossem rediscutidos os fundamentos e a própria forma de compreensão do princípio da separação de poderes. Remotamente, contribuíram para o discurso de derrocada do sistema de governo monárquico e de recepção da experiência constitucional norte-americana, que despontou no horizonte de expectativas das lideranças nacionais, ajudando a promover a ruptura com o modelo monárquico constitucional vigente e a recepcionar o novo modelo no qual os juízes exerceriam um protagonismo institucional singular.

Os ideais republicanos reforçaram a luta pela valorização institucional da magistratura ao recepcionarem muitas das pautas reformistas dos juízes, advogados e políticos manifestadas ao longo do século XIX. Influente republicano da época, Alberto Salles¹⁰¹ abraçou a causa da “regeneração” do Judiciário por entender que, sendo um dos departamentos do poder político, a Carta de 1824 o amesquinhou ao jogá-lo na dependência do Executivo. Por sua força e relevância, deveria o Judiciário ter sido instituído em simetria com os demais poderes, conservando sua autoridade e autonomia intactas.

Ao recorrer ao sistema judicial norte-americano, Alberto Salles sustentou que o Judiciário fosse investido com a prerrogativa de guardião da Constituição e assumisse o viés político de sua atividade. Com sua dignidade reconhecida, os abusos cometidos pelo Legislativo e Executivo seriam devidamente contidos conforme a história dos Estados Unidos demonstrava.

Esse conjunto de fatores, que tinha em comum a formulação de críticas ao funcionamento do Poder Judiciário imperial e a reivindicação de uma reestruturação e valorização de seu papel institucional, aliado à configuração do exercício ilegítimo do poder pelo imperador e da pauta republicana, impactou os autores da futura Constituição da República de 1891, que se afastaram do modelo constitucional europeu, predominante no constitucionalismo imperial, para se aproximarem do modelo constitucional norte-americano¹⁰².

¹⁰¹ Cf. SALLES, Alberto. **Política republicana**. Rio de Janeiro: Typ. de G. Leuzinger & Filhos, 1882. p. 535-537. Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3911>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁰² Para uma minuciosa análise histórico-constitucional da diferença entre os modelos constitucionais norte-americano e francês, inclusive quanto à instituição de mecanismos institucionais voltados à tutela dos direitos individuais e da Constituição, vide: FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne: la libertà fondamentali**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, c1995. p. 51-98.

5. Poder Judiciário na República

Seria precipitado atribuir à virada republicana a explicação para a configuração fortalecida do Poder Judiciário no Brasil. Transições institucionais não se realizam radicalmente, mas se submetem a processos de modificação que se sujeitam a um regime de tempo de longa duração¹⁰³, sobretudo porque tais modificações também ocorrem no campo da cultura e da mentalidade jurídica, de modo que a simples inovação jurídico-formal nem sempre é acompanhada de transformações materiais e práticas jurídicas.

Não obstante, a Proclamação da República, em muitos aspectos, acarretou a aceleração do tempo¹⁰⁴ e da recepção de novos institutos jurídicos no constitucionalismo brasileiro, a exemplo do controle judicial da constitucionalidade das leis, da criação e da autonomia dos estados e da federação. Essas inovações se espelharam na tradição constitucional norte-americana que, àquele momento, já figurava como um parâmetro confiável a ser seguido pelas jovens nações republicanas que estivessem em busca dos ideais próprios da civilização e do progresso¹⁰⁵.

Ao longo das décadas de 1870 e 1880, a cultura jurídica brasileira, como visto no item anterior, foi adquirindo experiência institucional idônea para receber o modelo constitucional norte-americano de referência. Antes mesmo da Constituição da República de 1891, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal, recepcionou concepção radicalmente distinta do Judiciário, conforme se extrai da Exposição de Motivos escrita pelo então ministro de Justiça Campos Salles¹⁰⁶.

¹⁰³ Cf. BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**. Tradução de J. Guinburg e Tereza Cristina Silveira de Mota. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 41 e ss.

¹⁰⁴ Cf. KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, prognosis y secularización**. Traducción, introducción y notas de Faustino Oncina Coves. Valencia: Pre-Textos, 2003., p. 39 e ss.

¹⁰⁵ Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**. p. 381-398.

¹⁰⁶ Em suas palavras: “A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso declarar que ellas são nullas e sem efeito”. **DECRETOS DO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, n. 10, out.1890. p. 2737-2738.

A exposição de motivos e a nova organização do Judiciário, promovida pelo Decreto n. 848, revelam a modificação de concepção do Judiciário, com plena ressignificação do princípio da separação de poderes. Repare-se que, na Constituinte de 1823, diversos parlamentares enfatizaram a necessidade de circunscrever-se o exercício da jurisdição à letra da lei. Agora, o ministro de Justiça reconheceu, em face da inegável mudança na concepção do papel institucional do Judiciário, a ruptura com a tradicional concepção da função jurisdicional (*aplicação da lei*) para, diante da mutação semântica do conceito de separação dos poderes, promover a atuação dos juízes como legítimos guardiões da Constituição e dos direitos.

É interessante observar, no Decreto n. 848, de 1890, disposição no mínimo curiosa que se destinava à inequívoca consagração do novo modelo constitucional republicano já estabelecido pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que “publica a Constituição [*provisória*] dos Estados Unidos do Brasil”. Trata-se do art. 386, que alçou à condição de fonte subsidiária do direito brasileiro o direito e a jurisprudência dos países cultos, especialmente dos Estados Unidos da América.

Na Constituinte de 1890 a 1891, nota-se a significativa alteração no imaginário do Poder Judiciário, defendida pelo Governo Provisório para se adequar à nova forma de estado federal, na qual a magistratura desempenharia função político-constitucional inédita. Contudo, diante da inovação que o modelo norte-americano de referência impunha, foi o próprio governo provisório que pretendeu estabelecer as diretrizes para a sedimentação de um novo pensamento constitucional que, agora, por oposição à sua tradicional formação, precisaria se reinventar a partir de novos parâmetros, o que explica a razão de ser do art. 386 do Decreto n. 848, de 1890, que autoriza a recepção do direito comparado com a finalidade de amoldar o inédito controle judicial da constitucionalidade das leis.

A concepção do Poder Judiciário, investido de maior protagonismo institucional em afirmação quanto ao discurso constitucional imperial desde longa data, foi assimilada pelo Governo Provisório, pela Comissão que elaboraria o Projeto de Constituição e pela Constituinte, porque seria imprescindível para manter a nova forma de estado federal. Na sessão histórica de abertura da Constituinte, realizada em 15 de novembro de 1890, foi lida a mensagem do generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, que, retomando os princípios da revolução republicana, vangloriou a unificação “da América em um só pensamento”, sua “integralização democrática” e as “evoluções republicanas nos últimos anos do império”. Quanto ao Judiciário, ressaltou-se ser

necessário dar forma peculiar à justiça federal, ajustada ao caráter liberal e nacional, de modo que a justiça exerça, enfim, o “seu elevado papel”¹⁰⁷.

O ministro de Justiça Campos Salles também discursou na Constituinte e defendeu a nova configuração do Supremo Tribunal Federal como órgão de elevada conotação política e institucional, mediante a justificativa de que, nos Estados Unidos da América, a justiça federal foi imprescindível ao funcionamento e à preservação da federação; e atuou afirmativamente na defesa da Constituição e das duas soberanias – a dos Estados e a da União¹⁰⁸.

O Poder Judiciário republicano abriu as portas à introdução do controle judicial da constitucionalidade no Brasil, que esteve associado à necessidade de manter as competências constitucionais da União em face do modelo federal adotado, o que representou a coroação do processo de transformação do Poder Judiciário brasileiro no século XIX.

Campos Salles tinha conhecimento de que a Suprema Corte norte-americana era uma instituição política que, em momentos de tensão política, conseguiu preservar o pacto federativo, defendendo a autoridade da Constituição. Os Estados Unidos do Brasil enfrentariam turbulências similares, haja vista a experiência constitucional do Império após a edição do Ato Adicional de 1834, que se caracterizou pelos conflitos de competência entre a Assembleia Geral e as assembleias provinciais. Com as práticas institucionais devidamente ativadas, constituintes saíram em defesa da necessidade de se instituir um tribunal forte que, à semelhança do que indevidamente fazia o Conselho de Estado no período monárquico¹⁰⁹, assumisse a função de guarda da Constituição e de controle da constitucionalidade das leis.

¹⁰⁷ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1890). **Annaes do Congresso Constituinte da Republica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924-1926. v. 1, p. 158-167.

¹⁰⁸ Campos Salles mostrava como a experiência constitucional do Império foi importante para a construção do regime republicano, cuja pedra angular era o federalismo: “Note-se agora a diferença entre os dous systemas. No antigo regimen, o Poder Executivo geral, quando havia um Ministro energico, interferia nos actos das assembleas provinciaes, para suspendel-os e annulal-os. No emtanto que, agora, a soberania, esta mesma soberania que os nobres representantes não querem comprehender nem acceitar, mas que pertencerá, realmente, aos estados, será protegida e não poderá ser desrespeitada pela acção de qualquer Ministro. Quando esta soberania transpuzer as fronteiras do Poder federal, será obrigada a recuar, não pelo direito da força, mas pela força da sentença de um tribunal de justiça. (Muito bem.)”. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1890). **Annaes do Congresso Constituinte da Republica**. v. 1, p. 246.

¹⁰⁹ O Conselho de Estado assumiu indevidamente a função do controle de constitucionalidade e práticas interpretativas da legislação, hesitando em várias situações sobre a real extensão de seu poder. Sobre o tema, vide: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187-205.

Evidentemente, tais inovações institucionais não se realizaram sem questionamentos. O deputado Amphilophio Botelho Freire de Carvalho¹¹⁰, magistrado há anos, contestou a configuração política do Supremo Tribunal Federal, advertindo os constituintes sobre os poderes em que seria investida a referida Corte. Nesse órgão, composto arbitrariamente pelo presidente mediante a livre nomeação de quinze ministros, seria incorporada a maior concentração de poderes políticos da nova forma de governo, o que transformaria o Brasil em uma “Singular Federação!”¹¹¹. O Supremo seria, então, o reflexo de uma centralização política indefensável.

Dentre outros, Amphilophio foi seguido pelo constituinte José Hygino, que viria a se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal. O senador pernambucano, embora defendesse a necessidade de um tribunal central a que os demais fossem subordinados, a fim de assegurar a unidade do direito, contestou a soma de poderes que se atribuiria ao Supremo Tribunal: “será a salvaguarda ou a perda da República”. O tribunal iria se tornar “a chave da abobada do novo edifício político” e estaria nas mãos do presidente, que “poderá compor aquelle Tribunal com creaturas suas e lançar a sua espada de Brenno na balança dos poderes públicos”. Finalizando seu longo discurso, José Hygino conclamou os congressistas sobre a necessidade de “alliar o espirito de innovação ao espirito de conservantismo, adaptando velhas instituições a uma nova ordem de cousas”.

No entanto, cuida-se de mais um estrato semântico que se superpõe à concepção anterior do princípio da separação dos poderes e da própria concepção e imagem do Poder Judiciário e sua atuação institucional. A inauguração de uma nova ordem constitucional, por mais traumática e profunda que tenha sido a ruptura com a ordem anterior, não tem o condão de promover o descarte de todos os elementos integrantes daquele sistema jurídico que ficou para trás, tampouco de subitamente transformar a cultura jurídica da comunidade política da noite para o dia, de modo que, a cada novo dia de seu percurso institucional, o Poder Judiciário precisou, e ainda precisa, comprovar a legitimidade própria no exercício de suas funções, sob pena de vir a ser questionado nos fundamentos próprios de suas competências.

¹¹⁰ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1890). *Annaes do Congresso Constituinte da Republica*. v. 2, p. 80-87.

¹¹¹ Cf. BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1890). *Annaes do Congresso Constituinte da Republica*. v. 2, p. 87.

6. Conclusão

A perspectiva de longa duração na história constitucional brasileira, o que remete à necessidade de estudar com profundidade o constitucionalismo imperial, dá ensejo para visualizar as profundas transformações por que o Poder Judiciário passou ao longo da vigência da Constituição do Império de 1824.

O imaginário negativo predominante sobre o papel dos juízes, que foi compartilhado pelos deputados da Constituinte de 1823 e futuros redatores do Texto Constitucional de 1824, associado à influência do modelo constitucional francês e da teoria de Montesquieu de que os juízes são meros aplicadores da lei, resultou na configuração de um Poder Judiciário mitigado institucionalmente, inclusive no que se refere à sua efetiva independência em relação aos demais poderes.

A partir da consolidação do Império e das práticas institucionais desenvolvidas, porém, a classe dos juristas (e políticos) percebeu que é imprescindível fortalecer as garantias do Poder Judicial, tornando-o um órgão mais técnico e profissional e apartado da atividade política, bem como responsável por reforçar o papel dos juízes enquanto intérpretes e do Supremo Tribunal de Justiça do Império como corte de uniformização do direito.

A criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império, em 1828, em data muito próxima à outorga da Constituição de 1824, embora com alguns ecos que já refletiam a experiência jurisdicional norte-americana, não permitiu que o fortalecimento desse órgão superior do Poder Judicial avançasse. Além da pouca maturação da experiência jurídica, já se distinguia com clareza que um Supremo Tribunal, alçado à condição de grande órgão de cúpula, poderia gerar interferências nos demais poderes e, com isso, afetar a própria posição do imperador como chefe supremo da nação (art. 98).

Não obstante, ocorreram questionamentos sucessivos quanto à falta de independência do Poder Judicial em relação à independência externa, decorrente da interferência do governo central na definição das interpretações dos atos normativos e na possibilidade de remover, suspender e até mesmo demitir juízes. Também se hesitava quanto à sua efetiva independência em virtude do envolvimento desses juízes nas atividades político-partidárias nas comarcas onde exerciam sua jurisdição. Todas essas circunstâncias terminavam por atingir na essência a imparcialidade da magistratura, legitimando o discurso reformista do Poder Judicial e, por conseguinte, valorizando-o como instrumento de garantia dos direitos individuais, desenvolvimento e progresso das nações civilizadas.

Em paralelo, verificou-se, ademais, a mutação semântica do conceito de interpretação, que passou a se admitir como ato inerente à atividade jurisdicional, bem como a consequente atribuição em favor do Supremo Tribunal de Justiça para editar assentos, isto é, decisões que vinculariam as relações e os juízes, o que também evidencia um ganho de peso institucional não só do Supremo Tribunal, como também do Poder Judicial em geral.

Foi, pois, essa larga experiência constitucional dos tempos do Brasil Império que, acelerada pelas mudanças decorrentes da Proclamação da República, em especial a que resultou na mudança do modelo constitucional de referência para o do sistema norte-americano, preparou o campo fértil no qual foi recepcionado o *judicial review* pela Constituição de 1891, que, de tão importante, tornou-se o legado para todas as demais Constituições brasileiras.

Portanto, uma das lições mais importantes desse longo período é que a formação histórica do Poder Judiciário foi fruto de um processo dinâmico, em que a justiça se transformou a partir da própria compreensão, pela comunidade, de sua importância e essencialidade na garantia dos direitos individuais, do federalismo e da Constituição. Esse foi o destino do Judiciário brasileiro nos séculos XIX e XX e também é e será o seu fardo institucional para o futuro.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. *In*: CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA, 1., 1995, Lisboa. **I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha**: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1997. p. 139-154.

ARARIPE, Tristão de Alencar. **Relações do Império**: compilação jurídica. Rio de Janeiro: Typographia Theatral e Commercial, 1874.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica juridica para uso das faculdades de direito do Brazil**. 6. ed. melhorada com appendice. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/626>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: LABOULAYE, Edouard *et al.* **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 127-149.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2. ed., atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Aurélio Mendes (org.). **Senador Cândido Mendes**: pronunciamentos parlamentares: 1871-1873. Brasília: Senado Federal, 1982. v. 1.

BERGASSE, Nicolas. **Report on the organization of judicial power**. Ottawa, Ontario: Department of Justice, 1789. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ilp-pji/rev2/rev2.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1890). **Annaes do Congresso Constituinte da Republica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924-1926. 3 v.

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003. 3 v. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535162>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **O legislativo e a organização do Supremo Tribunal no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1978.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministério da Justiça apresentado à Assembleia Geral Legislativa**: [1869]. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1869.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório do Ministério da Justiça apresentado à Assembleia Geral Legislativa**: [1889]. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1889.

BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**. Tradução de J. Guinburg e Tereza Cristina Silveira de Mota. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BROTERO, José Maria de Avellar. **A filosofia do direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Roteiro Brazilico ou collecção de principios e documentos de direito politico em serie de numeros**: Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1822. Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/4217>. Acesso em: 26 nov. 2024.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite imperial: teatro das sombras: a política imperial. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CASTRO, Jose Antonio de Magalhães. **Decadência da magistratura brasileira: suas causas e meios de restabelecel-a**. Rio de Janeiro: Typographia de N. L. Vianna e Filhos, 1862. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/501>. Acesso em: 26 nov. 2024.

CASTRO, Jose Antonio de Magalhães. **Projectos de lei para organização judiciaria e reforma do art. 13 § 2º da Lei de 20 de setembro de 1871 sobre a prisão sem culpa formada, e a formação da culpa**. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1877.

CASTRO, Olegario Herculano d'Aquino e. Reforma judiciaria. **O Direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, n. 28, p. 481-501, maio/ago. 1882.

CASTRO, Olegario Herculano d'Aquino e. Reforma judiciaria. **O Direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, n. 31, p. 161-216, maio/ago. 1883.

CAU, Maurizio. La Costituzione nel tempo: rigimi di storicità di un progetto storico-politico. **Giornale di Storia Costituzionale**, n. 36, p. 147-168, 2. sem. 2018. Disponível em: http://www.storiacostituzionale.it/doc_36/Cau_GSC_36.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, v. 14, n. 72, p. 123-153, mar./abr. 2012.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 47, p. 21-28, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15733>. Acesso em: 26 nov. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

DECRETOS DO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, n. 10, out. 1890.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até a EC nº 71 de 29/12/2012, e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: JusPodivm, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia dele costituzioni moderne**: la libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, c1995.

FLORY, Thomas. Judicial politics in nineteenth-century Brazil. **The Hispanic American Historical Review**, v. 55, n. 4, p. 664-692, Nov. 1975. Disponível em: <https://read.dukeupress.edu/hahr/article-pdf/737144/0550664.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Mentor Book, 1999.

KOERNER, Andrei. **O judiciário e a cidadania na Constituição da República brasileira (1841-1920)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Future past**: on the semantics of historical times. Translated and with an introduction by Keith Tribe. New York: Columbia University Press, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. **Aceleración, prognosis y secularización**. Traducción, introducción y notas de Faustino Oncina Covés. Valencia: Pre-Textos, 2003.

LAURINDO, Marja Mangili. **A interpretação na cultura jurídica da Primeira República**: “Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espirito”. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/240867>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LEAL, Aurelino. História judiciária do Brasil. In: INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO. **Diccionario historico, geographico e ethnographico do Brasil**: (commemorativo do primeiro centenario da Independência). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922. v. 1, p. 1107-1187.

LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos França e. **Considerações políticas sobre a Constituição do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. de Aguiar, 1872. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/538>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LESSA, Leônidas Marcondes de Toledo. A reforma judiciária. **O Direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, n. 6, p. 374-387, jan./abr. 1875.

LIMA, Alfredo Moreira de Barros. Da interpretação das leis. **Revista Academica de Estudos Juridicos**, v. 1, n. 1, p. 116-121, 1883.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: Conselho de Estado no Brasil- Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). **Supremo Tribunal de Justiça do Império**: 1829-1889. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-103.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Liberal/liberalismo. In: FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 141-160.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. Discurso. **Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros**, n. 1-3, p. 43-52, jan./out. 1865.

MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Montesquieu: o diálogo necessário. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; BARROS, Vinícius Soares de Campos (org.). **Novo manual de ciência política**: autores modernos e contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 201-249.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **Do espírito das leis**. Introdução, tradução e notas por Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

MOREIRA, Francisco Ignacio de Carvalho. **Do Supremo Tribunal de Justiça**: sua composição, organização e competência: memória oferecida ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em sessão publica de 7 de setembro de 1847, quarto aniversario de sua abertura. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1848. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/417>. Acesso em: 26 nov. 2024.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891. **Historia Constitucional**, n. 11, p. 297-320, 2010. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/273/240>. Acesso em: 26 nov. 2024.

PEREIRA, Hugo Silveira. Debates parlamentares como fonte histórica: potencialidades e limitações. **Historiae**, v. 1, n. 8, p. 31-52, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324080885_DEBATES_PARLAMENTARES_COMO_FONTE_HISTORICA_POTENCIALIDADES_E_LIMITACOES. Acesso em: 26 nov. 2024.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Reorganização da magistratura. **Gazeta Juridica**: revista mensal de doutrina, jurisprudencia e legislação, v. 22, n. 195, p. 395-410, 1879. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/docreader/DocReader.aspx?bib=234788&pesq=Lafayette+Rodrigues+Pereira+Reorganisa%C3%A7%C3%A3o+da+magistratura&pagfis=13604>. Acesso em: 26 nov. 2024.

PIRES, Homero. Prefácio. *In*: BARBOSA, Rui. **Commentarios à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932. v. 1, p. i-xl.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 6. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Lourenço José. Análise da Constituição política do Império do Brasil. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 34, n. 142, p. 1-155, abr./jun. 1977.

ROCHA, Justiniano José da. **Considerações sobre a administração da justiça criminal no Brasil**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de Seignot-plancher e C, 1835. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26759>. Acesso em: 26 nov. 2024.

RODRIGUES, José Honório. **A Assembléia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

SALLES, Alberto. **Política republicana**. Rio de Janeiro: Typ. de G. Leuzinger & Filhos, 1882. Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3911>. Acesso em: 26 nov. 2024.

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

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional: una visión de derecho comparado**. Madrid: Dykinson, 2009. v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

SLEMIAN, Andréa; FERNANDES, Renata Silva. “Na forma que com tanta justiça se requer”: o direito de petição no contexto da Independência do Brasil. **Antíteses**, v.15, n. esp., p.146-181, 2022. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/45121>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SKINNER, Quentin. **Visions of politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. v. 1.

SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e comentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, teoria e pratica do governo constitucional brasileiro**. São Luiz: Typ. B. de Mattos, 1867-1870. 2 v. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185573>. Acesso em: 26 nov. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STOLLEIS, Micheal. Judicial interpretation in transition from the ancien régime to constitutionalism. In: MORIGIWA, Yasutomo; STOLEIS, Michael; HALPERIN Jean-Louis (ed). **Interpretation of law in the age of enlightenment**. Heidelberg: Springer, 2011. p. 3-17.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Na capa: Livro I.

TOLLENARE, Louis François de. **Notas dominicais**. 2. ed. Tradução de Alfredo de Carvalho. Recife: EDUPE, 2011.

URUGUAY, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. **Estudos praticos sobre a administração das províncias no Brasil**: primeira parte: acto adicional. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1865. 2 v. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220529>. Acesso em: 26 nov. 2024.

VELLOZO, Júlio Cesar de Oliveira; DANTAS, Mônica Duarte. Debates parlamentares e seus usos pelo historiador. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**, v. 179, n. 477, p. 45-71, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/docreader.aspx?bib=893676&pasta=ano%20201&pesq=Debates%20parlamentares%20e%20seus%20usos%20pelo%20historiador&pagfis=197521>. Acesso em: 26 nov. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WEHLING, Arno. **Do antigo regime ao constitucionalismo**: a Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833. Rio de Janeiro: Processo, 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a398>

Data de submissão: 23/7/2024

Data de aprovação: 19/11/2024

Usos do conceito de Poder Moderador na formação constitucional brasileira¹

Uses of the concept of Moderating Power in Brazilian constitutional formation

Usos del concepto de Poder Moderador en la formación constitucional brasileña

Luis Henrique Braga Madalena²

Academia Brasileira de Direito Constitucional (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>

E-mail: luishenrique7@gmail.com

Bernardo Strobel Guimarães³

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>

E-mail: bernardo@strobelguimaraes.com

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros⁴

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6899-0854>

E-mail: sipioni.lucas@hotmail.com

¹ MADALENA, Luis Henrique Braga; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MEDEIROS, Lucas Sipioni Furtado de. Usos do conceito de poder moderador na formação constitucional brasileira. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 247-271, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a398>.

² Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Editor da Revista Eletrônica da ABDConst, QUALIS A3. Professor do programa LAW Experience da FAE. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>.

³ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0678600050387547>.

⁴ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especialista em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela ABDConst. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/730275333007177>.

Resumo

O objetivo do presente artigo é delinear a concepção brasileira de Poder Moderador e os papéis desempenhados pelo instituto no momento da formação constitucional do Brasil. O intuito é o de entender como o pensamento brasileiro incorporou e adaptou a teoria de Benjamin Constant acerca do Poder Neutro. A partir do método de pesquisa historiográfico e mediante o uso de um viés de análise histórica, com aportes em fontes primárias e secundárias, que incluem os anais da Assembleia Constituinte de 1823 e escritos de autores à época, concluímos que a recepção do Poder Moderador no Brasil desconfigurou a ideia de Constant, sobretudo porque a Carta de 1824 atribuiu sua titularidade ao monarca. Contudo, ao contrário do que uma leitura apressada pode indicar, diversamente de um instrumento teórico e político que possibilitaria práticas absolutistas, o Poder Moderador foi a verdadeira pedra de toque da recepção do pacto liberal-conservador no Brasil e instrumento fundamental para os primeiros passos do nosso constitucionalismo.

Palavras-chave

Poder Moderador; Poder Neutro; Benjamin Constant; formação constitucional brasileira.

Sumário

1. Introdução. 2. O Poder Moderador nas discussões da Assembleia Constituinte de 1823. 2.1 O Poder Moderador como chave de toda a organização política brasileira. 3. O Poder Moderador e o Poder Executivo na Carta de 1824. 4. Conclusão.

Abstract

The aim of this article is to outline the Brazilian conception of the Moderating Power and the roles played by this institution during Brazil's constitutional formation. The objective is to understand how Brazilian thought incorporated and adapted Benjamin Constant's theory of Neutral Power. Based on the historiographic research method and through the use of a historical analysis approach, drawing from primary and secondary sources, including the annals of the 1823 Constituent Assembly and writings of authors of that time, we conclude as a result that the reception of the Moderating Power in Brazil ended up distorting Constant's idea, particularly because the 1824 Charter vested its authority in the Monarch. However, contrary to what a hasty reading might suggest, rather than being a theoretical and political instrument that enabled absolutist practices, the Moderating Power was the cornerstone of the reception of the liberal-conservative pact and a fundamental instrument for the first steps of Brazilian constitutionalism.

Keywords

Moderating Power; Neutral Power; Benjamin Constant; brazilian constitutional formation.

Contents

1. Introduction. 2. The Moderating Power in the Discussions of the Constituent Assembly of 1823. 2.1 The Moderating Power as the key to the entire Brazilian political organization. 3. The Moderating Power and the Executive Power in the Charter of 1824. 4. Conclusion.

Resumen

El objetivo del presente artículo es delinear la concepción brasileña del Poder Moderador y los roles desempeñados por este instituto en el momento de la formación constitucional de Brasil. La intención es entender cómo el pensamiento brasileño incorporó y adaptó la teoría de Benjamin Constant sobre el Poder Neutro. A partir del método de investigación historiográfica y mediante el uso de un enfoque de análisis histórico, con aportes de fuentes primarias y secundarias, que incluyen los anales de la Asamblea Constituyente de 1823 y escritos de autores de la época, concluimos que la recepción del Poder Moderador en Brasil terminó desfigurando la idea de Constant, sobre todo porque la Carta de 1824 atribuyó su titularidad al Monarca. No obstante, contrariamente a lo que una lectura apresurada podría indicar, lejos de ser un instrumento teórico y político que posibilitaría prácticas absolutistas, el Poder Moderador fue la verdadera piedra angular de la recepción del pacto liberal-conservador y un instrumento fundamental para los primeros pasos del constitucionalismo brasileño.

Palabras clave

Poder Moderador; Poder Neutro; Benjamin Constant; formación constitucional brasileña.

Índice

1. Introducción. 2. El Poder Moderador en las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1823. 2.1 El Poder Moderador como la clave de toda la organización política brasileña. 3. El Poder Moderador y el Poder Ejecutivo en la Carta de 1824. 4. Conclusión.

1. Introdução

O chamado Poder Moderador é fruto das teorizações de Benjamin Constant e encontrou sua forma definitiva na obra *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution Actuelle de la France*, publicada em 1815. A ideia era a revisão da tripartição dos Poderes concebida por Montesquieu⁵ – que, segundo Constant, era muito dependente da frágil estabilidade trazida por um sistema de freios e contrapesos –, com a criação de um Poder adicional que atuasse como uma espécie de árbitro. Sua função seria harmonizar e mediar conflitos entre os três Poderes, impedindo abusos e assegurando a estabilidade institucional⁶. No Brasil, contudo, o instituto assumiu alguns contornos bastantes diversos.

O objetivo do presente artigo é delinear a concepção brasileira de Poder Moderador e os papéis desempenhados pelo instituto no momento da formação constitucional do Brasil a partir da Assembleia Constituinte de 1823 e da Carta de 1824. A intenção é entender como o pensamento brasileiro “incorpora, copia, parodia ou recria o pensamento europeu”⁷. Com Pierre Rosanvallon, o que se pretende é abordar as racionalidades políticas que deram forma ao instituto do Poder Moderador – entendendo-se por racionalidades políticas “[...] os sistemas de representações que comandam a maneira pela qual uma época, um país ou grupos sociais conduzem sua ação”⁸.

Neste sentido, o problema de pesquisa pode ser resumido da seguinte forma: quais são os contornos jurídicos e políticos que o instituto do Poder Moderador assumiu, primeiro, na Assembleia Constituinte de 1823 e, segundo, na Carta de 1824? Além disso, buscaremos identificar se e em que medida a concepção brasileira divergiu da ideia de Benjamin Constant. A hipótese inicial de investigação é que a recepção do instituto do Poder Moderador no Brasil desconfigurou a ideia de

⁵ Inclusive, Constant de fato revisou a tripartição *montesquiana*, idealizando um sistema formado por cinco Poderes. Além do Executivo e do Judiciário, o Poder Legislativo acabava dividido em “Poder Representativo da Duração” e “Poder Representativo da Opinião”; e, claro, o Poder Moderador. Isso será visto com mais detalhes na sequência.

⁶ CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*. Paris: L’Imprimerie de Hocquet, 1815. p. 72.

⁷ IANNI, Otávio. Estilos de pensamento. In: BASTOS, Élide Rugai; e MORAES, João Quartim (org.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Unicamp, 1993. p. 429.

⁸ ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político (nota de trabalho). *Revista Brasileira de História*. v. 15, n. 30, p. 9-22, 1995. Disponível em: https://www.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=3782. Acesso em: 26 nov. 2024.

Constant, deixando clara a pretensão absolutista do Imperador⁹. Isto porque a Carta de 1824 atribuiu a titularidade do Poder Executivo e do Moderador ao monarca, o contrário do que foi proposto por Constant, que a separava com o intuito de adotar o parlamentarismo como sistema de governo. No entanto, a situação é muito mais complexa do que a sintética conclusão de que o Poder Moderador representaria uma forma transversa de manutenção das rédeas absolutistas do Antigo Regime nas mãos do Imperador.

A partir do método de pesquisa historiográfico e mediante o uso de um viés de análise histórica, com aportes em fontes primárias e secundárias, que incluem os anais da Assembleia Constituinte de 1823 e escritos de autores à época, dividimos a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil em dois aspectos: **a)** o jurídico, que se resume à forma como as competências apresentadas por Constant foram pensadas e incorporadas na Carta de 1824; e **b)** o político, que é traduzido nos objetivos perseguidos pela Coroa com a incorporação do instituto. Essa separação é justificada em razão da diferença entre as intenções dos atores políticos, necessariamente voláteis e cambiáveis, a depender das circunstâncias, e a finalidade dos documentos constitucionais, que é a de determinar e fixar regras visando à estabilidade do jogo político.

A identificação dos fundamentos ideológicos de determinada constituição é tarefa essencial para a delimitação de qualquer conceito por ela adotado, e traz consigo a necessidade de localização dos discursos políticos que lhes deram origens, quais interesses preconizavam e como os agentes da formação constitucional se comportaram diante de cada cenário. Sob essa perspectiva, concluiu-se que: a) a recepção do instituto do Poder Moderador no Brasil deturpou a ideia de Constant, sobretudo porque a Carta de 1824 atribuiu sua titularidade ao monarca; b) mas, na prática, longe de configurar tão somente uma ferramenta destinada a viabilizar práticas absolutistas pretensamente espelhadas na lógica do Antigo Regime, o instituto do Poder Moderador, tal como estabelecido no Brasil, significou a pedra de toque da recepção do pacto liberal-conservador e do êxito do momento originário da nossa formação constitucional.

⁹ No mesmo sentido, ver LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **DADOS**: revista de ciências sociais, v. 48, n. 3, p. 611-654, set. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Bxy5MfrvkytCrSgVcS46DvD/?lang=pt#>. Acesso em: 26 nov. 2024; CUNHA, Pedro Octavio Carneiro da. Cunha A fundação de um império liberal. In: HOLANDA, Sergio Buarque de. (org.). **História geral da civilização brasileira**. 6. ed. São Paulo: Difel, 1985. t. 2, v. 1; BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto (org.). **Textos políticos da história do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1996; FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 7 ed. São Paulo: EDUSP, 1999 e FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Globo. 1997.

2. O Poder Moderador nas discussões da Assembleia Constituinte de 1823

Como visto, a ideia de Constant era a de que o Poder Moderador pudesse ser um árbitro, não um poder absoluto; um poder que apenas pontualmente se manifestaria como fonte de estabilidade em face de ações equivocadas dos demais Poderes ou em caso de conflitos entre eles. Além disso, Constant não pensou em uma tripartição, mas em uma divisão quadripartite dos Poderes. O Poder Executivo seria composto pelos ministros determinados pelo Poder Real; o Poder Judiciário seria o responsável por aplicar a lei para os casos individuais que fossem levados até ele; e, por fim, o Poder Legislativo seria dividido em “Poder Representativo da Duração”, na condição de um colegiado hereditário sem limite máximo de membros – exatamente para que o Poder Moderador, ao identificar algum conflito, fosse capaz de promover a inserção de mais membros até que fosse obtida uma maioria estável –, e “Poder Representativo da Opinião”, que se caracterizaria por notável atividade, além de ser emanado diretamente do povo, com eleições periódicas¹⁰.

Embora sob o aspecto liberal ou até mesmo ultraliberal a ideia de Poder Moderador pareça enfraquecer o poder monárquico, a linha de argumentação que fez com que ela desembarcasse no Brasil foi muito sofisticada. O advento da Moderna Escola Francesa de direito público trazia, em seu conceito, as atribuições do direito de veto e de dissolução, além de ser considerado como essência da concepção de monarquia constitucional. No Brasil, a monarquia constitucional já estava sedimentada com a independência, mesmo na ausência de um documento constitucional válido, o que fazia com que o próprio Poder Moderador também já existisse implicitamente. Dentro desse silogismo, naturalmente o Imperador já possuía as atribuições do poder de veto e dissolução da câmara¹¹.

Partindo dessa base, três foram os vieses da compreensão do Poder Moderador ao longo da Assembleia Constituinte de 1823. O primeiro deles entendia o Poder Moderador como um lugar privilegiado do chefe de Estado – acima da política. Essa concepção foi desenvolvida por Antônio Carlos de Andrada Machado e sua ideia era de que fosse uma posição ocupada apenas pelo Imperador, o qual iria impor vetos

¹⁰ CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*. p. 72.

¹¹ LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). p. 611-654.

em face das críticas dos parlamentares. Disso advinha a inviolabilidade do monarca, sendo responsabilizáveis pelos atos de natureza executiva apenas os ministros por ele apontados. Sob essa perspectiva, o monarca estaria em posição privilegiada para governar e regular, e essa última atribuição serviria para coibir senhorios e tiranias, e não para dotá-lo de poderes absolutos¹².

A segunda visão, apresentada por José Joaquim Carneiro de Campos, concebia o Poder Moderador como um poder de exceção, com a finalidade de servir como salvaguarda do sistema constitucional. Para o autor, o Poder Moderador seria o direito da Nação de ser protegida pelo Imperador contra eventuais particularismos exacerbados dos interesses legislativos. Ademais, o Poder Moderador seria um constante vigilante da liberdade e dos direitos do povo, de forma a inspecionar e equilibrar os demais Poderes. Ainda na concepção de Carneiro de Campos, seria um remédio extremo e subsidiário, do qual apenas se deveria lançar mão quando absolutamente necessário e diante da ausência de outro meio eficaz – situação que teria de ser avaliada pelo Imperador a partir de sua privilegiada condição de acesso à vontade do povo¹³.

Derradeiramente, João Severiano Maciel da Costa concebia o Poder Moderador como fundamento da centralização político-administrativa e como instrumento de despotismo à disposição do Imperador – tratando-se, portanto, da visão que mais se afastava daquela proposta por Constant¹⁴⁻¹⁵. Essa última foi a ideia que conformou o instituto juridicamente na Carta de 1824. Entretanto, como mencionamos na introdução, a situação é muito mais complexa do que a conclusão de que o Poder Moderador representaria uma forma transversa de manutenção das rédeas absolutistas do Antigo Regime nas mãos do Imperador. Isto porque a tradição sob a qual se fundava a monarquia constitucional brasileira apontava para a postura de que o monarca detinha autoridade limitada. Era-lhe vedada a possibilidade de

¹² LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). p. 611-654.

¹³ LYNCH, Christian Edward Cyril. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia**: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: UFMG, 2014. p. 53 e ss.

¹⁴ Mesmo assim, não se pode dizer que não identificaram o que Lynch chama de “cavalo de Tróia”, mas que houve uma séria dificuldade no sentido de encontrar fundamentos para rechaçá-lo nos moldes como foi apresentado. Ou seja, não foi possível pintar a teoria do poder neutro nas cores com as quais ela estava sendo mobilizada para fins diversos do que estava sendo perseguido pelos “brasilienses”, que era a descentralização do poder, especialmente afastando-o do monarca. Essa oposição fica latente ao se perceber que o Poder Moderador, mesmo à míngua de uma frontal oposição nas discussões da assembleia constituinte de 1823, não constou do Projeto Antônio Carlos.

¹⁵ LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). p. 611-654.

legislar sob a proteção do poder pessoal absoluto, além de não poder participar das decisões oriundas da Administração Pública. Em suma, o monarca não governava, mas, sim, reinava, o que fazia com o objetivo de manter o equilíbrio entre os poderes e aplicar a justiça. Todos esses preceitos estavam presentes nos artigos 98 e 99 da Carta de 1824:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Tais dispositivos traduzem a simbologia que envolvia o monarca na condição de sagrado, inviolável e que não pode ser responsabilizado. Seu poder era privativamente delegado pela Nação, de modo que se apresentou como o primeiro representante da vontade nacional, com a função de preservar o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes. Inclusive, a responsabilização dos ministros evidencia não apenas a separação destes diante do monarca, mas o próprio poder detido por eles, que, em certa medida, lhes pertencia. Se fossem considerados exclusivamente como agentes servis do monarca, seria absurda a sua responsabilização. Em conclusão, o poder real era neutro¹⁶, enquanto o ministerial era ativo.

Mesmo assim, a titularidade do Poder Executivo era do monarca, como ocorrido em todos os documentos constitucionais do século XIX. Isso, para o próprio Constant, não significaria necessariamente um óbice para o funcionamento da teoria do Poder Moderador, nem que haveria a necessidade de ser consagrado como tal no texto constitucional – desde que a prática institucional o contemplasse em uma lógica mais voltada à limitação da potência soberana do que à efetiva repartição de Poderes, na qual a gestão cotidiana da Administração ficasse a cargo dos ministérios. Nesse aspecto, a Carta de 1824 foi detalhista ao não criar confusão entre a figura do Imperador e o Poder Executivo, deixando explícito, em seu art. 102¹⁷, que o

¹⁶ Sua neutralidade era fundada em sua não vinculação a qualquer facção ideológica, condição essencial para que seu detentor pudesse dispor da liberdade de se situar acima das conjunturas políticas do cotidiano, de modo a garantir suas virtudes reparadoras e de preservação, ao mesmo tempo em que o impede de levar a cabo práticas hostis em face de grupos políticos dissidentes.

¹⁷ Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita por meio dos Ministros de Estado. (BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Brasília: Presidência

monarca era apenas o titular do Poder Executivo; os ministros o exerceriam na prática. Aliás, os próprios atos de natureza executiva do Imperador não teriam validade sem a subscrição de seus ministros, conforme posto no art. 132¹⁸.

Portanto, é um equívoco entender que o fato de a titularidade do Poder Moderador e do Poder Executivo ter sido entregue ao Imperador representou um sinal de manutenção de poderes absolutos em suas mãos e, conseqüentemente, uma subversão da concepção de Constant. Isso fica demonstrado, sobretudo, na comparação entre as prerrogativas conferidas ao Imperador pela Carta de 1824 e as reservadas ao monarca por Benjamin Constant. Inicialmente, ele enumerou seis atribuições que competiriam ao poder neutro, quais sejam: **a)** a nomeação e exoneração de ministros; **b)** a sanção de projetos de lei com a inclusão do poder de veto absoluto; **c)** a capacidade de adiamento e dissolução das câmaras; **d)** a nomeação de membros para o Poder Judiciário; **e)** o poder de agraciar/perdoar réus condenados; e **f)** o poder de declarar a guerra e a paz. Posteriormente, o rol caiu para cinco e depois para quatro, sendo que a grande novidade trazida por cada uma dessas reduções foi a transferência da esfera do Poder Moderador para a do Poder Executivo. Portanto, as duas únicas alterações importantes, realizadas pelo Conselho de Estado sobre a ideia de Constant, foram a inserção da concessão de anistia e a transferência da prerrogativa de guerra e paz para o espectro do Poder Executivo, que agora ficava sob o crivo dos ministros e do próprio Legislativo.

Diante disso, fica bastante claro que as alterações promovidas em relação à ideia de Poder Moderador, especificamente no campo de suas atribuições, seguiram no caminho de trazer-lhe ares mais liberais e de possibilitar um maior controle qualitativo de sua atuação. Aqui, com Lynch, destaca-se a obrigatoriedade da prévia oitiva do Conselho de Estado pelo Imperador, mesmo que de forma consultiva, quando do exercício do Poder Moderador, conforme exigia o art. 142¹⁹ da Carta de

da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

¹⁸ Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

¹⁹ Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, nogociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI. BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

1824. Por isso, certamente não é no campo normativo do texto constitucional que se observa a verdadeira divergência entre o caminhar brasileiro e a ideia de Constant, mas no campo das “intenções monarquianas” não presentes de forma explícita na Carta de 1824, com especial ênfase para as previsões constantes dos arts. 11²⁰ e 98²¹, que tratavam da dualidade de representação da soberania, dividindo-a entre o Imperador e a Assembleia Geral, e do Poder Moderador enquanto a própria “chave de toda a organização política”²².

2.1 O Poder Moderador como chave de toda a organização política brasileira

Sobre a prescrição do art. 98, retoma-se a abordagem de João Camillo de Oliveira Tôrres, quando ele fala que o monarca é a chave da abóbada, no sentido de que seria a “pedra de fecho” que sustenta todo o edifício constitucional²³. Walter Guandalini²⁴, por outro lado, suplanta esta ideia. De toda forma, a discussão concernente às ideias de chave e fecho é o debate a respeito da própria responsabilidade do Poder Moderador e sua consequente influência sobre toda a questão da organização e do controle do Poder na Carta de 1824. Um dos vieses da discussão entre conservadores e liberais origina-se desta diferença de concepção do Poder Moderador: os primeiros o tinham como aquela chave que “abriria todas as portas”, na função de manutenção das prerrogativas do monarca, em moldes muito próximos aos praticados no Antigo Regime, ao passo que os segundos o entendiam como uma força de estabilização e composição. Em verdade, seria o que Guandalini chamou de

²⁰ Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

²¹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

²² LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). p. 611-654.

²³ TORRES, João Camillo de Oliveira. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 2017. p. 138.

²⁴ GUANDALINI JUNIOR, Walter. Chave ou fecho?: o debate jurídico erudito sobre a responsabilidade do poder moderador. **Quaestio Iuris** v. 9, n. 2, p. 1031-1059, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20809/16231>. Acesso em: 20 jun. 2024.

“epifenômeno jurídico do embate político entre conservadores e liberais” quando se referiu à concepção de Afonso Arinos sobre a temática do Poder Moderador na Carta de 1824.

O conceito de Poder Moderador trabalhado na constituinte de 1823 e na Carta de 1824 teve como base os trabalhos dos monarquianos franceses Bernardin Saint-Pierre e Stanislas Clermont-Tonnerre. Estes o fizeram tendo como pano de fundo a grande questão da filosofia política do século XIX: como conciliar os princípios da Revolução Francesa com a necessária autoridade governamental, na medida em que o governo deveria propiciar estabilidade para o desenvolvimento da triunfante burguesia. Afinal, realizado o movimento de desalojamento do Antigo Regime, o novo arcabouço normativo-constitucional deveria propiciar bases sólidas para a nova parcela dominante da sociedade. Nesse caminhar, seria preciso unificar a sociedade e melhor dirigi-la, de modo que deveria haver um fortalecimento da própria Coroa, diminuindo a autonomia dos estamentos²⁵.

Com isso, urgia a redefinição do papel do monarca e de seus ministros para que as novas e dominantes elites liberais pudessem manifestar seus interesses no campo político. A solução encontrada foi o sistema representativo liberal, estruturado para incluir mecanismos que permitissem ao “povo soberano” supervisionar as ações dos governantes, impedindo quaisquer abusos de poder. Para tanto, a Coroa ficou encarregada de ser a representante máxima da soberania nacional, tendo a responsabilidade de ser a fiel da balança das decisões políticas, o freio do novo sistema. Assim, a monarquia absolutista transformou-se em um governo constitucional e representativo, com a permanência da figura do monarca, que deveria proteger o povo e a constituição em face das oligarquias políticas. Nas palavras de Constant,

O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três molas que devem cooperar, cada uma de seu lado, ao movimento geral: mas quando essas molas se perturbam e se cruzam, se entrecrocam e se entram, é necessária uma força que as recoloca em seu lugar. Essa força não pode estar em uma das molas, pois ela se serviria dela para destruir as demais. É preciso que esteja fora, que seja neutra, para que a sua ação se aplique necessariamente em todos os lugares onde seja necessário que ela seja aplicada, e para que ela seja preservadora,

²⁵ LYNCH, Christian Edward Cyril. **O momento monarquiano: o poder moderador e o pensamento político imperial**. 2007. 421 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp080174.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

reparadora, sem ser hostil. A monarquia constitucional cria esse poder neutro na pessoa do chefe de Estado. O verdadeiro interesse desse chefe não é, de modo algum, que um dos poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se compreendam e ajam em concerto (tradução livre)²⁶.

O tal “Poder Neutro” necessita, como aponta Guandalini, de “uma combinação equilibrada entre irresponsabilidade e passividade”. Irresponsabilidade no sentido de se condenar o titular desse poder por qualquer de suas ações. A lógica do tal exercício faz com que seja possível apenas atribuir irresponsabilidade a um Poder passivo, o qual entraria em cena na ocorrência de uma instabilidade entre os demais Poderes. A tal irresponsabilidade é fundamental para que haja força na decisão do poder que representa a vontade popular, ao passo que a passividade é a garantia de que não ocorra usurpação das prerrogativas dos demais poderes e acabe levando a um despotismo. Isso fica claro ao se perceber que, na Carta de 1824, ao monarca não restaram muitas prerrogativas além de nomear ministros, sancionar as resoluções das assembleias representativas, adiar as sessões dessas últimas, dissolver as assembleias eletivas, nomear juízes, e conceder graça e declarar guerra e paz²⁷.

Ao tratar do Poder Moderador na Carta de 1824, um ponto importante a ser levantado é a identidade entre Constant e as elites da América Ibérica em relação à manutenção da ordem social – e, claro, à nova ordem social inaugurada com a Revolução. Isso levou ao reforço do Poder Executivo e ao reconhecimento do espaço político de representação das elites coloniais, o que conformaria o modelo de monarquias constitucionais da região²⁸. Para tanto, de acordo com Guandalini, não poderia haver a eliminação da monarquia tradicional portuguesa, mas uma atenuação que permitisse a instalação de uma monarquia constitucional, para a

²⁶ CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France**. p. 34-35: “*Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général: mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entrechoquent et s’entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être das l’un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu’elle soit en dehors, qu’elle soit neutre, en quelque sone, pour que son action s’applique nécessairement partout où il est nécessaire qu’elle soit appliquée, et pour qu’elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile*”.

²⁷ GUANDALINI JUNIOR, Walter. Chave ou fecho?: o debate jurídico erudito sobre a responsabilidade do poder moderador. p. 1031-1059.

²⁸ AMBROSINI, Diego Rafael. **Do poder moderador: uma análise da organização do poder na construção do estado imperial brasileiro**. 2004. 137 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-22122022-160943/pt-br.php>. Acesso em: 25 nov. 2024.

qual o chamado “liberalismo moderado” de Benjamin Constant apresentava uma valiosa solução teórica²⁹.

O caminho de Constant foi recepcionado pela Carta de 1824³⁰, especificamente em seu título quinto, no qual se destaca a distinção entre Poder Moderador e Executivo, além da inviolabilidade e irresponsabilidade do Imperador. Ademais, o já destacado art. 98 é o que apresenta a principal divergência entre o texto do documento constitucional brasileiro e o pensamento de Constant, ao considerar o Poder Moderador como a chave³¹ da organização política³². Além disso, o mesmo artigo ainda apresenta a atribuição conferida ao Poder Moderador de velar pela independência e pelo equilíbrio de poderes. Neste último caso, a identidade entre a concepção brasileira e aquela preconizada por Constant é total, ao passo que a questão da manutenção da independência já denota a centralização buscada com a introdução do instituto, de modo a empoderar o centro decisório político, traduzido na figura do Imperador.

²⁹ GUANDALINI JUNIOR, Walter. Chave ou fecho?: o debate jurídico erudito sobre a responsabilidade do poder moderador. p. 1031-1059.

³⁰ Aliás, apesar de algumas discussões, é possível apontar que a Carta de 1824 foi o primeiro documento constitucional de uma nação a definir formalmente o tal Poder Neutro na forma de Poder Moderador. BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

³¹ Aqui cumpre o esclarecimento de que a ideia de “chave de toda a organização política”, em Constant, advinha da distinção entre as esferas do Poder Real ou Moderador e do Poder Executivo, ou seja, da distinção entre autoridade responsável e a autoridade inviolável. Cf. CONSTANT Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, ou, collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif**. Paris: Guillaumin, 1861. p. 18-19. Diversamente das críticas perpetradas diante da ideia de chave incorporada pela Carta de 1824, não se pode assumir que seja uma corrupção da concepção de Constant, pois a Carta de 1824 apenas menciona que o “poder moderador é a chave de toda a organização política”, sem especificar qualquer outra característica dessa “chave”. Além disso, apesar de a titularidade do Poder Executivo e do Poder Moderador residir na figura do Imperador, a separação organizacional era latente. Uma passagem que também traz a concepção de que a menção à “chave” não traduzia uma confusão entre a autoridade responsável e a inviolável, uma confusão entre Poder Executivo e Poder Moderador, é a de Braz Góes de Vasconcellos: “É uma expressão figurada, sem dúvida, mas que tem a vantagem de dar uma ideia clara e adequada da importância e utilidade prática da nova instituição; porquanto, sendo a divisão e a harmonia dos poderes políticos, como não-lo assegura a mesma Constituição (art. 9), o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias constitucionais, parece que o Poder Moderador, encarregado de manter essa divisão e harmonia, é quem na verdade simboliza o poder de suprema regulação, é quem fecha a porta à desordem e à tirania, para tê-la aberta somente à segurança e à tranquilidade pública; é quem, finalmente, franqueia aos brasileiros um governo livre e estável.” Cf. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do poder moderador: ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição política do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 38.

³² CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France**. p. 50: “*Ce que j’ai voulu prouver, c’est que la première condition qui est indispensable, pour que la responsabilité s’exerce, c’est de séparer le pouvoir exécutif du pouvoir suprême. La monarchie constitutionnelle atteint ce grande but; mais on reperdrat cet avantage, si l’on confondait ces deux pouvoirs.*”

Portanto, Constant trazia valiosos argumentos para a preservação da integridade das prerrogativas da Coroa diante da destacada pretensão da assembleia de monopolizar a representação da soberania. Seguindo nesse caminho, a redação dada ao Poder Moderador na Carta de 1824 permitiu uma ressignificação do que foi elaborado por Constant e de sua própria teoria liberal, tendo em conta as vicissitudes e especificidades de seu emprego na realidade brasileira. Introduziu-se uma neutralidade ativa no lugar da original passividade, a ideia de independência no lugar da preservação, além da destacada centralização político-administrativa em substituição à regionalização preconizada pela via originária de Constant. O redesenho da ideia de Poder Executivo foi essencial para se chegar a esse ponto, na medida em que Constant apenas conferia aos ministros o poder de ação necessário para seu exercício, ao passo que a Carta de 1824 colocava o Imperador na posição de chefe do tal Poder, mesmo que fosse exercido por intermédio de seus ministros.

Com efeito, a ambiguidade produzida pela combinação de diversas matrizes ideológicas no texto constitucional permitiu leituras verdadeiramente contrapostas. Na primeira delas, que interessava aos conservadores, o Imperador figurava como pedra de toque da atuação governamental do Estado; e não apenas como uma expressão soberana simbólica, mas com poderes concretos de decisão sobre os rumos da nação. Já na segunda leitura, interessante aos liberais, o Imperador seria apenas o árbitro do sistema constitucional e do cenário político operado pelos demais atores envolvidos. Nesse sentido, são conhecidas as discussões sobre o instituto ao longo do primeiro reinado, quando foi objeto de diversas e contundentes críticas, entre as quais se destaca a produzida pelos liberais no sentido de que abriria caminho para o despotismo, especificamente diante da derrota política frente ao projeto conservador.

3. O Poder Moderador e o Poder Executivo na Carta de 1824

Com tudo o que foi explicitado acima em relação à Carta de 1824, entende-se que o Poder Moderador não pode ser compreendido separadamente do Poder Executivo. A própria conformação do título quinto traz essa junção ao atribuir os dois poderes ao Imperador, separando-os apenas em capítulos diferentes. Mesmo assim, é bastante questionável afirmar que a compreensão do instituto atribuiria poderes absolutos ao monarca, travestindo a monarquia constitucional brasileira de absolutista. Isso fica bastante evidente ao se observar o teor dos artigos 103³³

³³ Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento – Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e

e 104³⁴ da Carta de 1824. O primeiro deles apontava a necessidade de juramento do Imperador perante o Presidente do Senado, reunidas as duas casas legislativas, especificamente em favor da manutenção da religião Católica, da integridade e indivisibilidade do Império, bem como da observação daquele mesmo documento constitucional e das demais leis do Império. Já o segundo tratava da impossibilidade de o Imperador sair do território nacional sem o consentimento do Legislativo, o que significaria abdicação do trono – certamente uma drástica consequência pela não observância da posição de autoridade da Assembleia. Isso vai ao encontro do que foi posto no art. 11, o qual dividia a representação da Nação entre o Imperador e a Assembleia Geral.

Ainda, devemos ter em conta os artigos 9³⁵ e 10³⁶, que apontavam respectivamente para a necessária divisão e harmonia entre os Poderes. Outra questão importante é a previsão constante do artigo 142³⁷, que versava sobre a necessidade de manifestação dos Conselheiros de Estado quando o Imperador se propusesse a exercer qualquer de suas atribuições na condição de titular do Poder Moderador. Esse dispositivo, especialmente para o enfoque ora dado, deve ser lido em conjunto com o disposto no artigo 143³⁸, que tratava da responsabilidade dos tais Conselheiros

indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁴ Art. 104. O Imperador não poderá sahir do Imperio do Brazil, sem o consentimento da Assembléa Geral; e se o fizer, se entenderá, que abdicou a Corôa. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁵ Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁶ Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁷ Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, nogociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁸ Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos. (BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil**

quanto a conselhos “opostos às leis e manifestamente dolosos”, de modo que, em grande medida, se tratava de mais uma limitação ao uso indevido do Poder Moderador, mesmo diante da irresponsabilidade do Imperador.

Além desses artigos, que, de forma inequívoca, denotam minimamente a equiparação entre o poder e a representatividade do monarca e da assembleia, também deve-se observar a ostensiva divisão realizada pela Carta de 1824 no que tange às atribuições do Imperador em sua atuação como Poder Executivo e como Poder Moderador: eram atribuições diversas, que deveriam ser exercidas de forma independente. Com isso, o Imperador claramente não poderia impor sua vontade na condição de Poder Executivo fazendo uso do Poder Moderador para tanto. Não se tratava de mera divisão organizacional de cunho simbólico, mas uma distinção da atuação do Imperador como representante de um e de outro Poder.

Essa divisão inclusive pode ser problematizada diante de um ponto levantado por Feloniuk³⁹ acerca da concepção de Poder Moderador por Constant, que trata especificamente dos eventuais abusos em sua utilização e das consequências para a sociedade. De acordo com Constant, o referido abuso diz respeito à atuação do Poder Moderador como se fosse Poder Executivo. A conclusão é de que não restaria qualquer esperança de liberdade em uma hipótese como esta, tendo em mente a base teórica liberal do autor⁴⁰. A partir disto seria possível dizer que o caso brasileiro padeceria desse problema. Mas não é este o caso. Isto porque, como já assinalado, a Carta de 1824 separava as atribuições do Poder Moderador e do Poder Executivo, inclusive com os detalhamentos em termos de responsabilização do Conselho de Estado em sua atuação nas atribuições dos tais Poderes.

Um ponto que deve ser destacado como grave atribuição do Poder Moderador é a capacidade de dissolução da Câmara dos Deputados naqueles casos em que fosse necessário para “a salvação do Estado”, conforme posto no inciso V do art. 101. Aqui, sim, é possível analisar uma correlação entre o Poder Moderador e o “poder

(de 25 de março de 1824). Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024).

³⁹ FELONIUK, Wagner Silveira. Poder moderador: entre o pensamento de Benjamin Constant e o anteprojeto de Borges de Medeiros. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 156, p. 217-237, jul. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revistaihgrgs/article/view/95061/53501>. Acesso em: 25 nov. 2024.

⁴⁰ CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*. p. 57.

pessoal” do Imperador⁴¹. De acordo com Constant, a capacidade de dissolução da assembleia não deveria ser considerada como uma afronta aos direitos do povo – argumento de Frei Caneca diante dessa atribuição conferida ao Imperador na condição de titular do Poder Moderador. Isso, em verdade, seria um apelo para que o povo se manifestasse novamente e refirmasse sua posição, não sendo nada mais do que a natural atribuição do Poder Moderador de buscar a harmonização entre a atuação do Legislativo e do Executivo. Ademais, prerrogativa semelhante em face do Executivo era a possibilidade de demissão dos ministros que não possuíam maioria parlamentar. A justificativa partia da ideia de que a assembleia e o gabinete eram transitórios, devendo ser alterados sempre que exigido pela opinião pública⁴². Aliás, a figura do Imperador, exatamente para a sua perenidade, depositava as possibilidades de desgaste nos dois elementos passíveis de alteração. Portanto, a capacidade de destituição dos ministros, que encarnavam o Poder Executivo, era a mesma de dissolução da Assembleia⁴³.

Outra questão de possível desequilíbrio estava na possibilidade de perdão e comutação de penas pelo Imperador. Isso fica evidente nas reflexões da Câmara de Itu⁴⁴, no sentido de que o Imperador não poderia utilizar de sua prerrogativa para

⁴¹ Sobre esse ponto também se manifestou a Câmara de Itu, propondo a supressão dessa atribuição do Poder Moderador, inserida no projeto que resultou na Carta de 1824. Dois foram os principais motivos para tanto, sendo que o primeiro era a capacidade do Poder Moderador de adiar a Assembleia ou de apontar que determinados temas fossem tratados em sessão secreta. O segundo motivo era o inconveniente gerado pela eventual dissolução, especificamente no sentido de possibilitar a criação de interregno de ausência de Poder Legislativo, dada a demora na convocação e conclusão das eleições subsequentes. Cf. MELO, Américo Brasiliense de Almeida e. **Os programas dos partidos e o 2º Império**. São Paulo: Typographia de Jorge Seckler, 1878. p. 185. Especificamente acerca do segundo motivo apontado pela Câmara de Itu, de que haveria um interregno sem presença de Poder Legislativo, Braz Florentino Henrique de Souza afirma o seguinte: “Entretanto, armando o monarca com o poderoso direito de dissolver a Câmara dos Deputados, a Constituição não deixou o país sem garantia quanto à reunião dos seus representantes temporários e à manutenção do sistema representativo em sua integridade: ela impõe ao mesmo monarca, no § 5º do art. 101, a obrigação de convocar imediatamente outra câmara, que substitua a câmara dissolvida; obrigação esta que, não sendo cumprida, dará lugar à reunião extraordinária do senado, a fim de expedir em tal caso as cartas de convocação, terminando o prazo de dois meses marcado pelo art. 47 § 3º da Constituição para o cumprimento dessa atribuição.” Cf. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do poder moderador**: ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição política do Brasil.

⁴² AMBROSINI, Diego Rafael. O poder moderador na construção do Estado imperial brasileiro. **Leviathan** n. 1, p. 119-154, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/leviathan/article/view/132252>. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁴³ Nesse sentido também caminha Braz Florentino Henriques de Souza: “É precisamente o direito de dissolver o corpo legislativo, reunido ao direito de sancionar os seus decretos, que, segundo ajustada expressão do previdente Malonet, constitui essa independência de poder inerente à pessoa do monarca, e esse atributo essencial da realeza, sem o qual o rei ou imperador achar-se-á desarmado para defender sua prerrogativa, assim como o princípio que representa.” Cf. SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do poder moderador**: ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição política do Brasil. p. 138.

⁴⁴ A ideia da responsabilidade ministerial pelos atos do Poder Moderador não adveio apenas das reflexões da Câmara de Itu, dado que em Constant essa posição é muito clara: “quando não se considera os ministros senão como simples

perdoar e comutar crimes cometidos por seus Ministros e Conselheiros, em específico quanto ao seu serviço ou aos atentados contra a pátria. Se assim não fosse, a própria previsão de responsabilidade dos ministros, que, de certa forma, refletia no Imperador, tinha a possibilidade de ser solapada por ação personalíssima deste último. Assim, o grande receio era de existir um conluio entre o Imperador e seus ministros e conselheiros, em que estes últimos, mesmo que julgados e condenados por atuarem em desfavor da pátria, poderiam ser perdoados⁴⁵.

O tal receio possuía concreto embasamento normativo. Mesmo assim, é muito provável que a perda de legitimidade política, por parte do Imperador, fosse decisiva para a própria manutenção da forma de governo, dado que estaria quebrada a monarquia constitucional. Tanto é assim que não se tem notícia da ocorrência da referida hipótese ao longo da vigência do instituto do Poder Moderador nesses moldes. Para Caneca e para a Câmara do Recife, de forma mais dramática do que para a Câmara de Itu, o ato autoritário de dissolução da Constituinte de 1823 por parte do Imperador era um norte para a leitura da Carta de 1824. E tal perspectiva, conjugada com a criação do documento constitucional e sua outorga, invalidava por completo o pacto. Também houve questões importantes presentes nas críticas de Caneca e da Câmara de Itu, como a excessiva centralização do poder que prejudicava o poder local⁴⁶. Mesmo assim, a questão da possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados foi debatida durante todo o Império, especialmente devido à diferenciação entre Senado vitalício e Câmara temporária, mostrando-se como o principal ponto de aproximação do Poder Moderador em algo aproximado a um poder absoluto.

A afirmação é drástica, mas necessária: dizer o contrário, no sentido de que o Poder Moderador presente na Carta de 1824 destinava-se a promover um embuste absolutista na monarquia constitucional brasileira, é atestado de uma não observação e detida problematização do instituto, a partir de seus primórdios teóricos e seu desenvolvimento no Brasil, iniciado com os movimentos da independência. A

agentes do poder executivo, parece absurdo tornar responsável o instrumento e declarar inviolável o braço que dele serve” (tradução livre). Cf. CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle, ou, collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*. p. 180.

⁴⁵ MELO, Américo Brasiliense de Almeida e. *Os programas dos partidos e o 2º Império*. p. 186: “Desde que os ministros e conselheiros possam ser perdoados nos crimes de seu ofício, torna-se ilusória a responsabilidade, e por consequente o sistema constitucional. O mesmo acontece sobre os crimes contra a pátria; porque os aduladores e servis não duvidarão revoltar a nação a favor do imperante, desde que contem com o perdão, quando não consigam escravizar a sua pátria.”

⁴⁶ BARBOSA, Silvana Mota. *A sphinge monarquica: o poder moderador a e política imperial*. 2001. 414 f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/218974>. Acesso em: 25 nov. 2024.

“chave de toda a organização Política” de que tratava o art. 98, com base na leitura da própria Carta de 1824, deveria ser entendida como posto por Constant, ou seja, como sendo a divisão entre o Poder Moderador (ou Neutro) e o Executivo, de forma diversa do que entendido por Afonso Arinos⁴⁷.

Definição muito precisa da concepção do Poder Moderador, quando este iniciou sua trajetória no Brasil com a Carta de 1824, derivado das discussões da Constituinte de 1823 e da Revolução Pernambucana de 1817, é a de Maciel da Costa, justamente durante sua atuação como deputado nas discussões de 1823, também já destacada por Silvana Mota Barbosa⁴⁸. Para ele, o Poder Moderador era a “sentinela permanente, que não dorme, que não descansa; é o argos político, que com cem olhos tudo vigia, tudo observa”⁴⁹.

João Camillo de Oliveira Tôrres definiu o Poder Moderador da Carta de 1824 de forma a complementar à comparação mitológica trazida por Maciel da Costa, apontando que ele seria “um poder de controle sobre os demais, exercido, porém, por outro poder de origem diferente, distinto realmente deles, e desligado por sua condição dos Interesses Seccionais e das Paixões da hora. E com dignidade do chefe supremo e primeiro representante da nação”. Ainda nesse caminho, na ideia de Marcelo Cattoni e Adamo Dias Alves, o Poder Moderador exerceu a função de guarda do documento constitucional e da ideia de Constituição. O exercício do Poder Moderador era possibilitado apenas pela figura carismática do Imperador, que, por si só, sustentava a simbologia da autoridade necessária para a legitimidade jurídica das decisões políticas. Era nesse caminho que o Imperador detinha poderes extraordinários para que, se necessário fosse, diante de decisões contrárias ao entendimento do interesse do povo e do próprio documento constitucional, pudesse revê-las. Caso o Legislativo tentasse limitar o governo por meio da edição de leis ou subverter a ordem a ponto de ameaçar o documento constitucional, poderia o Imperador dissolver a Câmara. É importante ressaltar que ambas as prerrogativas aqui mencionadas eram previstas por Constant⁵⁰.

⁴⁷ AMBROSINI, Diego. Rafael. O poder moderador na construção do Estado imperial brasileiro. p. 119-154.

⁴⁸ BARBOSA, Silvana Mota. **A sphinge monarquica: o poder moderador a e política imperial.**

⁴⁹ BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823.** Brasília: Senado Federal, 2003. v. 3, p. 87.

⁵⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.). **Constitucionalismo e história do direito.** Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 162-190.

Com Ambrosini, é possível notar que as condições objetivas as quais construíram o “arranjo político” que atendeu as necessidades do período da independência, do qual se destaca a dupla fonte da soberania, não permitiram um bom equilíbrio do sistema. A curto prazo, a estrutura de quatro poderes satisfaz sua função inicial, ou seja, a de fundar e operar uma autoridade estatal forte; mas, a longo prazo, o pacto liberal-conservador que possibilitou tal arranjo e a própria independência não se sustentou e resultou na abdicação do Imperador, que perdeu grande parte do apoio inicialmente conquistado⁵¹.

Além desse ponto, a maleabilidade permitida pelas previsões constitucionais relativas ao Poder Moderador e suas origens teórico-discursivas tornam evidentes a acomodação intencional do pacto liberal-conservador na Carta de 1824, diferentemente do que aconteceu no âmbito da Constituinte de 1823. Não se ignoram as revoltas posteriores à Carta de 1824 e as discordâncias quando do período de manifestação das Câmaras, com destaque para Itu e Pernambuco, mas de certo o documento constitucional de 1824 retratou e promoveu a necessária acomodação dos interesses liberais e conservadores, especificamente a partir de um aparato estatal mais organizado, coeso e poderoso, derivado da situação de continuidade, dada a influência ideológica homogênea forjada em Coimbra.

Aliás, a própria coesão ideológica da elite, apesar de inicialmente não haver conseguido conter a discordância de 1823, reduziu conflitos entre os grupos dominantes, em grande medida representados pelas mesmas pessoas, o que possibilitou o êxito em 1824, dando claras amostras da redução da possibilidade e da gravidade dos conflitos, impedindo sua ampliação na sociedade. Esse acordo básico fez com que os conflitos constitucionais não fossem traumáticos, em especial ao longo de seu período de formação, relativos à organização do poder, além dos embates oriundos do choque de interesses materiais. Portanto, o fortalecimento do Estado e a centralização de poder foram fruto da homogeneidade educacional da elite, fundada na tradição do absolutismo ilustrado luso-brasileiro e na participação desta na burocracia estatal, além dos diversos encontros das concepções liberais e conservadoras, como já ressaltado anteriormente⁵².

⁵¹ AMBROSINI, Diego Rafael. O poder moderador na construção do Estado imperial brasileiro. p. 119-154.

⁵² Exemplo desse último ponto é passagem de José Murilo de Carvalho, que aponta o seguinte: “José Bonifácio, por exemplo, voltou para o Brasil com a ideia de criar na América um grande império, coincidissem esse objeto ou não com interesses básicos como a manutenção da escravidão. Ele resistiu, aliás, às pressões inglesas em favor das medidas abolicionistas com receio de que viessem a colocar em perigo a unidade nacional.” Cf. CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial: teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização

Mesmo com a finalização do primeiro reinado, marcado pela crise do Poder Moderador e queda da monarquia constitucional e do segundo reinado, para Borges de Medeiros, foi o Poder Moderador delegado ao Imperador que possibilitou a longevidade da Carta de 1824 e de seu regime⁵³. Com isso, é importante repisar, com Sérgio Buarque de Holanda⁵⁴, que não se desconhece o “imenso poderio” dado pela Carta de 1824 ao Imperador, mas isso não pode ser traduzido como um mecanismo absolutista⁵⁵. Tanto é assim que o Poder Moderador não interferiu de forma substancial em questões de representação política e liberdade de decisão dos deputados, não ocorrendo dissolução da Câmara, mesmo em face das crescentes disputas entre o Quarto Poder e o Legislativo⁵⁶. Logo, diversamente de um instrumento teórico e político que possibilitaria práticas absolutistas, espelhadas na lógica do Antigo Regime, o instituto do Poder Moderador, conforme posto no Brasil, era a pedra de toque da recepção do pacto liberal-conservador e do êxito do momento da formação constitucional brasileira.

4. Conclusão

A presente pesquisa teve como objetivo delinear a concepção brasileira de Poder Moderador e os papéis desempenhados pelo instituto durante a formação constitucional do Brasil, especialmente a partir da Assembleia Constituinte de 1823 e da Carta de 1824. Buscou-se entender como o pensamento brasileiro incorporou e adaptou a teoria de Benjamin Constant sobre o Poder Neutro.

Brasileira, 2003. p. 40-42. Para tanto, o autor faz referência ao texto de BETHELL, Leslie. **The abolition of the Brazil slave trade**: Britain, Brazil and the slave trade question: 1807-1869. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

⁵³ MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na República presidencial**: um anteprojecto da Constituição brasileira. Recife: Diário de Pernambuco, 1933. p. 75.

⁵⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. A letra e o espírito do regime. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). **História geral da civilização brasileira**. 4. ed. São Paulo: Difel, 1985. t. 2, v. 4, p. 21.

⁵⁵ Aqui se faz importante anotar que não se ignora “desvios” e “excessos” por parte do Imperador. Destes, salta aos olhos o exemplo do julgamento dos insurrectos da Confederação do Equador, realizado à margem da constitucionalidade. Foi formada uma Comissão Militar, conforme posto no Decreto 26 de julho de 1824, a qual foi diretamente influenciada pela Coroa. Acabou por julgar os revoltosos ilegalmente. Exemplo disso é que a Carta de 1824 não concebia a possibilidade de julgamento de civis por militares. Como resultado, foram condenados à morte Frei Caneca, Lazaro Fontes, Agostinho Bezerra Cavalcanti, Antonio Macario, James Rodgers, Nicolau Pereira, Antonio Monte e Francisco Fragoso. (Cf. GILENO, Carlos Henrique. A Carta Constitucional de 1824 e a organização da estrutura de poder institucional no Brasil. **Escrita da História**, v. 3, n. 6, p. 50-80, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.escritadahistoria.com/2024/01/a-carta-constitucional-de-1824-e.html>. Acesso em: 25 nov.2024).

⁵⁶ GILENO, Carlos Henrique. A Carta Constitucional de 1824 e a organização da estrutura de poder institucional no Brasil. p. 50-80.

Identificamos que a recepção do Poder Moderador no Brasil foi adaptada de maneira a refletir a realidade política e social da época. Em vez de um poder neutro e meramente arbitrador, como proposto por Constant, o Poder Moderador no Brasil foi incorporado de forma a conferir ao Imperador uma posição de destaque e autoridade. No entanto, essa adaptação não significou uma inclinação para o absolutismo. Pelo contrário, o Poder Moderador foi utilizado como um mecanismo de equilíbrio entre os poderes, evitando abusos e assegurando a harmonia e a independência entre eles. A análise das discussões da Assembleia Constituinte de 1823 revelou três visões principais sobre o Poder Moderador: como um lugar privilegiado do chefe de Estado; um poder de exceção; e um fundamento da centralização político-administrativa. A visão que prevaleceu na Carta de 1824, embora mais próxima da centralização, não desvirtuou completamente o pensamento de Constant, mas o adaptou às necessidades específicas do Brasil.

Dessa forma, a pesquisa contribui para o entendimento do Poder Moderador como um elemento central na construção da estabilidade política brasileira, oferecendo bases para novas investigações que possam aprofundar e ampliar o conhecimento sobre esse período crucial da história constitucional do Brasil. A recepção do pacto liberal-conservador e a instrumentalização do Poder Moderador foram fundamentais para os primeiros passos do constitucionalismo brasileiro, refletindo uma adaptação criativa e pragmática das teorias políticas europeias às realidades locais.

É de se destacar, por fim, que o estudo enfrentou algumas limitações, principalmente no que tange à disponibilidade de fontes históricas que permitissem uma análise mais aprofundada das intenções dos atores políticos da época. Além disso, a complexidade da adaptação do conceito de Constant às peculiaridades brasileiras exigiu interpretações que podem variar conforme novas evidências e perspectivas historiográficas emergem. Até por isso, a título de trabalhos futuros, recomenda-se uma análise mais detalhada das discussões da Assembleia Constituinte de 1823 e dos primeiros anos de vigência da Carta de 1824 para melhor compreender as nuances da aplicação do Poder Moderador. Também seria relevante investigar comparativamente a aplicação de teorias similares em outros contextos latino-americanos para entender melhor as especificidades brasileiras.

Referências

AMBROSINI, Diego Rafael. **Do poder moderador**: uma análise da organização do poder na construção do estado imperial brasileiro. 2004. 137 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-22122022-160943/pt-br.php>. Acesso em: 25 nov. 2024.

AMBROSINI, Diego Rafael. O poder moderador na construção do Estado imperial brasileiro. *Leviathan*, n. 1, p. 119-154, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/leviathan/article/view/132252>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BARBOSA, Silvana Mota. **A sphinge monarquica**: o poder moderador a e política imperial. 2001. 414 f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/218974>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BETHELL, Leslie. **The abolition of the Brazil slave trade**: Britain, Brazil and the slave trade question: 1807-1869. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto (org.). **Textos políticos da história do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1996.

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823**. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 3.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial: teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, ou, collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif**. Paris: Guillaumin, 1861.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France**. Paris: L'Imprimerie de Hocquet, 1815.

CUNHA, Pedro Octavio Carneiro da. A fundação de um império liberal. *In*: HOLANDA, Sergio Buarque de. (org.). **História geral da civilização brasileira**. 6. ed. São Paulo: Difel, 1985. t. 2, v. 1.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 7. ed. São Paulo: EDUSP, 1999.

FELONIUK, Wagner Silveira. Poder moderador: entre o pensamento de Benjamin Constant e o anteprojeto de Borges de Medeiros. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul**, n. 156, p. 217-237, jul. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revistaihgrgs/article/view/95061/53501>. Acesso em: 25 nov. 2024.

GILENO, Carlos Henrique. A Carta Constitucional de 1824 e a organização da estrutura de poder institucional no Brasil. **Escrita da História**, v. 3, n. 6, p. 50-80, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.escritadahistoria.com/2024/01/a-carta-constitucional-de-1824-e.html>. Acesso em: 25 nov. 2024.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. Chave ou fecho?: o debate jurídico erudito sobre a responsabilidade do poder moderador. **Quaestio Iuris**, v. 9, n. 2, p. 1031-1059, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20809/16231>. Acesso em: 20 jun. 2024.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. A letra e o espírito do regime. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). **História geral da civilização brasileira**. 4. ed. São Paulo: Difel, 1985. t. 2, v. 4, p. 5.

IANNI, Otávio. Estilos de pensamento. In: BASTOS, Élide Rugai; MORAES, João Quartim (org.). **O pensamento de Oliveira Vianna**. Campinas: Unicamp, 1993.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **DADOS**: revista de ciências sociais, v. 48, n. 3, p. 611-654, set. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Bxy5MfrvkytCrSgVcS46DvD/?lang=pt#>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O momento monarquiano**: o poder moderador e o pensamento político imperial. 2007. 421 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp080174.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia**: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: UFMG, 2014.

MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na República presidencial**: um anteprojecto da Constituição brasileira. Recife: Diário de Pernambuco, 1933.

MELO, Américo Brasiliense de Almeida e. **Os programas dos partidos e o 2º Império**. São Paulo: Typographia de Jorge Seckler, 1878.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

ROSANVALLON, Pierre. Por uma história conceitual do político (nota de trabalho). **Revista Brasileira de História**, v. 15, n. 30, p. 9-22, 1995. Disponível em: https://www.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=3782. Acesso em: 26 nov. 2024.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do poder moderador**: ensaio de direito constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição política do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1978.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 2017.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Presidência da República, [1839]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.



Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de Poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada¹

Judicial review, legal interpretation and the separation of powers: the syncretism of the Brazilian path in comparative perspective

Control judicial de constitucionalidad, interpretación jurídica y separación de poderes: el sincretismo de la trayectoria brasileña en perspectiva comparada

Lucas Fucci Amato²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>
E-mail: lucas.amato@usp.br

Rodrigo Marchetti Ribeiro³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4333-9376>
E-mail: rodrigomr99@usp.br

Resumo

Este artigo pretende posicionar a jurisdição constitucional em perspectiva histórica e comparada, analisando sua inter-relação com os diferentes esquemas de organização e separação de Poderes e com os pressupostos que tais modelos incorporam em

¹ AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 273-303, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a383>.

² Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7721471179237026>.

³ Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8215776395166183>.

seus entendimentos sobre a interpretação do Direito. O trabalho primeiro adota tal foco para analisar modelos clássicos de supremacia legislativa (Inglaterra e França) e controle judicial difuso (Estados Unidos) e concentrado (Alemanha). A seguir, posiciona o sincretismo de matrizes institucionais que caracteriza a experiência brasileira de organização do poder e de controle judicial de constitucionalidade, pontuando aspectos do papel atual do Supremo Tribunal Federal na separação de Poderes e defesa da democracia.

Palavras-chave

Separação de Poderes; interpretação jurídica; controle judicial de constitucionalidade; jurisdição constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. Inglaterra e França: dois modelos de supremacia legislativa. 3. O modelo americano de controle judicial difuso. 4. O modelo germânico de controle judicial concentrado. 5. O sincretismo constitucional brasileiro e a posição do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão.

Abstract

This paper aims to place constitutional jurisdiction in a historical and comparative perspective, analyzing its interrelationship with the different schemes of organization and separation of powers and with the assumptions that these models incorporate into their understandings of the interpretation of the law. The work first adopts this focus to analyze classic models of legislative supremacy (England and France) and of diffuse (United States) and concentrated (Germany) judicial review. Then, it positions the syncretism of institutional matrices that characterizes the Brazilian experience of power organization and judicial review, pointing out aspects of the current roles of the Federal Supreme Court in the separation of powers and in the defense of democracy.

Keywords

Separation of powers; legal interpretation; judicial review; constitutional jurisdiction.

Contents

1. Introduction. 2. England and France: two models of legislative supremacy. 3. The American model of diffuse judicial control. 4. The German model of concentrated judicial control. 5. The Brazilian constitutional syncretism and the position of the Federal Supreme Court. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo pretende situar la jurisdicción constitucional en una perspectiva histórica y comparada, analizando su interrelación con los distintos esquemas de organización y separación de poderes y con los presupuestos que estos modelos incorporan en su forma de entender la interpretación del derecho. El trabajo adopta en primer lugar este enfoque para analizar los modelos clásicos de supremacía legislativa (Inglaterra y Francia) y de control judicial difuso (Estados Unidos) y concentrado (Alemania). A continuación, posiciona el sincretismo de matrices institucionales que caracteriza la experiencia brasileña de organización del poder y control de constitucionalidad, señalando aspectos del papel actual del Supremo Tribunal Federal en la separación de poderes y en la defensa de la democracia.

Palabras clave

Separación de poderes; interpretación del derecho; control judicial de constitucionalidad; jurisdicción constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. Inglaterra y Francia: dos modelos de supremacía legislativa. 3. El modelo americano de control judicial difuso. 4. El modelo alemán de control judicial concentrado. 5. El sincretismo constitucional brasileño y la posición del Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusión.

1. Introdução

O desenho institucional da separação de Poderes antecede o advento da democracia de massas, fundada no sufrágio universal e isonômico, na ampla concorrência partidária, no pluralismo ideológico e na livre organização e expressão de movimentos sociais e grupos de interesse. O sufrágio universal e igualitário demorou a ser instituído⁴. Na França, só chegou em 1848, com o voto feminino apenas a partir de 1944; no Reino Unido, as eleitoras foram incluídas desde 1918 (com voto igual só a partir de 1928), mas apenas a partir de 1950 foi alcançada a plena isonomia dos votantes. Antes da unificação, nos estados alemães, o sufrágio universal masculino chegou a ser testado, no entanto predominava o sistema eleitoral ao estilo prussiano, estratificado em três classes — as superiores somavam

⁴ CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 128-136; PRZEWORSKI, Adam. Conquered or granted? A history of suffrage extensions. *British Journal of Political Science*, v. 39, n. 2, p. 291-321, Apr. 2009.

no máximo 20% da população, mas compunham dois terços do parlamento. Com a unificação em 1871, o sufrágio universal masculino passou a ser garantido, contudo o voto feminino só foi reconhecido a partir de 1918 e somente em 1925 haveria a primeira eleição presidencial por voto direto. Nos Estados Unidos, o sufrágio masculino foi instituído em 1870, as mulheres passaram a ter direito de voto em 1920, e a as discriminações raciais no sistema eleitoral apenas foram superadas a partir de 1965. No Brasil, com os critérios censitários da época imperial e a exclusão dos analfabetos durante toda a república (até 1988), a participação eleitoral em campanhas consideradas limpas só superou os 10% da população sob a vigência da Constituição de 1946; e só a partir de 1988 é que mais da metade dos brasileiros realmente passa a votar⁵. É sob esse pano de fundo, portanto, que devem ser analisados os esquemas liberais clássicos, pré-democráticos, de separação de Poderes. Durante o século XX, ao mesmo tempo em que se rotinizou o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, ampliaram-se as competências do Executivo, a liderança do chefe de governo, os quadros da burocracia pública, a participação política e as demandas por políticas públicas, garantidas ou não na forma de direitos sociais constitucionalmente entrincheirados.

O controle judicial de constitucionalidade é comumente analisado em sua perspectiva de defesa dos arranjos básicos do poder (contra a usurpação e manipulação das regras pelos detentores ocasionais de seu controle) e de garantia e concretização de direitos fundamentais, podendo nesses termos assumir funções contramajoritárias (isto é, de garantia de expressão e proteção às minorias diante da vitória de maiorias ocasionais). No lugar de um rei “neutro” e moderado, a quem se pudesse remeter a decisão de casos controversos, e de um parlamento visto como arena de positivação de direitos naturais contra o absolutismo monárquico, o Judiciário passou a ser visto como guardião de direitos e regras básicas de organização do poder, blindando-os contra as oscilantes maiorias eleitorais. Daí emergiu o caráter distintivo do controle judicial de constitucionalidade das leis, especialmente no contexto americano e, em sua versão concentrada em uma corte constitucional, na Europa continental.

O presente trabalho parte da hipótese de que a jurisdição constitucional se articula dentro da própria dinâmica de poder – ou seja, pergunta como a interpretação judicial do Direito constitucional é modelizada por diferentes desenhos institucionais de organização e separação de Poderes. Nessa linha, o artigo mapeia

⁵ NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 45-46.

dois modelos em que o controle judicial de constitucionalidade veio a ser desenvolvido recentemente, diante de uma tradição de supremacia legislativa (experiências inglesa e francesa), o modelo americano de controle judicial difuso e o modelo de controle concentrado, típico do caso alemão, mas também amplamente praticado na Europa continental e na América Latina. A seguir, debruça-se sobre a experiência constitucional brasileira, sugerindo traços do sincretismo de matrizes institucionais de organização do poder e jurisdição constitucional que a caracteriza.

2. Inglaterra e França: dois modelos de supremacia legislativa

No contexto do parlamentarismo inglês, o Legislativo era visto como instituto de contenção ao poder absoluto do rei e como arena de construção do Direito positivo a partir da revelação deliberativa dos direitos naturais⁶. Vale lembrar que Locke⁷ defendia, em 1689, a supremacia do Legislativo sobre os outros dois Poderes: o Federativo (encarregado das relações internacionais) e o Executivo (em sua teoria, as funções de executar as leis e julgar os casos concretos ainda apareciam combinadas no mesmo Poder).

A Inglaterra, sem uma Constituição escrita, apenas desenvolveu características importantes de seu parlamentarismo (como o protagonismo do primeiro-ministro) ao longo do século XIX. Já o modelo típico de argumentação judicial do *common law* é sustentado por argumentos analógicos a partir de precedentes consolidados, com *rationes decidendi* sendo filtradas e reiteradas⁸. De acordo com a tradição, as decisões do Parlamento não são suscetíveis de revisão judicial.

Desde o *Human Rights Act* (1998), o Reino Unido adotou um modelo de controle judicial fraco: a declaração judicial de inconstitucionalidade não vincula as partes do processo nem afeta a validade das disposições analisadas, apenas autoriza

⁶ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. cap. 3. Papel homólogo, nota o autor, veio a ser atribuído desde fins do século XX, por teorias liberais sobre princípios de justiça, às cortes supremas ou constitucionais.

⁷ LOCKE, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. In: LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 265-428.

⁸ LEWIS, Sebastian. Precedent and the rule of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 41, n. 4, 2021, p. 873-898, Winter 2021.

que um ministro provoque processo legislativo mais célere para sanar os vícios⁹. Somente em 2009, foi criada uma Suprema Corte com funções de controle de constitucionalidade – até então, o topo do Judiciário britânico era ocupado pela Câmara dos Lordes.

Com menos de uma década de existência, em 2017, a Suprema Corte do Reino Unido, no caso *Miller* (que tratava sobre a possibilidade de suspensão do Parlamento pelo rei, a pedido do primeiro-ministro) afirmou sua autoridade para controlar o pedido do primeiro-ministro, o que efetivamente alterou a separação de Poderes existente no Reino Unido – até então, a possibilidade de um ato de controle do poder real pelo Judiciário era praticamente impensável¹⁰. No ano de 2022, o sistema instituído pela reforma de 2009 sofreu nova modificação para instituir mecanismos de modulação de efeitos suspensivos e prospectivos nas chamadas *quashing orders* (decisões de tribunais que tornam nulas decisões proferidas por outras autoridades administrativas ou judiciais) e para reformar o precedente *R (Cart) v The Upper Tribunal*, o qual permitia que decisões do *Upper Tribunal* (um órgão judicial de segunda instância) fossem aptas a ser objeto do controle de constitucionalidade¹¹.

Mas voltemos ao modelo britânico clássico da supremacia legislativa: ao observar o regime liberal inglês no espelho de Locke, meio século depois, a teoria do Barão de Montesquieu ainda trazia traços da antiga tradição do “governo misto”. É nesse sentido que ressaltava, em 1748 (quatro décadas antes da revolução), a importância da conciliação do monarca com “poderes intermediários” para a unificação do “corpo político” estatal¹². Montesquieu dizia que “o poder subordinado mais natural é o da nobreza”, mas o clero também se prestava a esse papel, na medida em que detinha o

⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. p. 1355, April 2006.

¹⁰ R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union. Ver PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. A primeira década de corte constitucional na Inglaterra: reflexões sobre uma suposta virada republicana na monarquia. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*: RejuriSTJ, v. 2, n. 2, p. 354, 373-377, jul./dez. 2021.

¹¹ LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth A. Quashing order. In: *A dictionary of law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100358804>. Acesso em: 9 jun. 2024; THE LAW SOCIETY. Judicial review reform. *Law Society*, 28 Apr. 2022. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/human-rights/judicial-review-reform>. Acesso em: 9 jun. 2024.

¹² CASABIANCA, Denis de. Le(s) ‘corps politique(s)’ dans L’esprit des lois de Montesquieu. *Trans/Form/Ação*, v. 30, n. 2, p. 23-32, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/54r8n5CS4QR5qbf5bqMBBNN/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

poder de arbitragem capaz de impedir a degeneração da monarquia em despotismo¹³. Portanto, o que se tinha era a proposição de uma institucionalidade que dificultasse o desmonte da estratificação social, preservando os três “estados” ou “corpos” da sociedade tradicional. Montesquieu pensava mais precisamente em uma bipartição de Poderes, entre um Legislativo bicameral e um Executivo (encarregado do “direito das gentes”, com poder de veto, mas não de iniciativa legislativa; e com uma subdivisão judiciária encarregada de ser a “boca da lei” em questões civis e penais).

Muito mais do que devido à sua estabilidade constitucional, a ordem jurídica francesa repousou historicamente na perenidade do Código Civil de 1804, estabelecido durante o consulado de Napoleão e ainda vigente no século XXI, com alterações. A estabilidade desse direito privado contrasta com a história do direito público francês – a França teve 16 constituições a partir da revolução de 1789, sendo a atual de 1958, a qual instituiu um regime semipresidencialista.

Nesse diapasão, é de se destacar que a Revolução Francesa, diante do problema das lacunas no direito, optou por manter o *référé au législatif*, com a remissão das questões interpretativas para o Parlamento (e não mais para o Rei), em detrimento de um papel ativo do Judiciário na construção de saídas para as obscuridades da lei. Dessa forma, a solução, na prática, mantinha observância à lei como expressão da vontade geral e da soberania da nação e, em algum grau, à própria separação dos Poderes, na medida em que os juízes não poderiam “legislar”. Já na era napoleônica, instituiu-se o sistema que perdura até hoje: a Corte de Cassação, o topo da hierarquia judiciária, com poder de reformar os julgados das instâncias inferiores; e o Conselho de Estado, cúpula da jurisdição administrativa, que exclui a possibilidade de a Administração estar submetida ao controle da autoridade judiciária. Quando, em 1804, o Código Civil foi elaborado, surgiram alguns projetos de substituição do *référé au législatif*, como recorrer ao costume ou à equidade no caso de dúvida, mas, por fim, a solução adotada pelo Código foi a proibição da denegação de justiça – *i.e.*, a vedação do *non liquet* como uma solução juridicamente possível¹⁴. Em suma,

¹³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1995. p. 81-84.

¹⁴ GILISSEN, John. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, Chaïm (org.). *Le problème des lacunes du droit*. Bruxelles: E. Bruylant, 1968. p. 231-241; FRATE, Paolo Alvazzi del. Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. *Revue historique de droit français et étranger*, v. 86, n. 2, p. 253-262, avril/juin 2008; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Por trás dos casos difíceis: dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. p.117-123. O *référé au législatif* ainda foi restabelecido em 1807 e abolido apenas em 1837; nesse período, após duas cassações da lei, cabia ao Conselho de Estado estabelecer por regulamento, aprovado pelo imperador, a interpretação devida dos dispositivos legais.

o Código afirmou o dever do juiz de decidir a despeito de qualquer obscuridade, silêncio ou insuficiência na lei, e, com isso, lastreou a tendência interpretativa que ficou polemicamente conhecida como “escola da exegese”, descrita em geral pelo apego “formalista” à literalidade da lei (ou ao histórico legislativo, isto é, a “vontade do legislador”) como expressão da soberania popular¹⁵.

Por desconfiança em relação ao poder dos juízes (associados à *noblesse de robe* e ao Antigo Regime), a Revolução Francesa criou uma jurisdição administrativa que, na prática, ocupou o lugar do controle de constitucionalidade – especialmente pelo seu órgão de cúpula, qual seja, o Conselho de Estado. Assim, não se criou na França um órgão análogo aos tribunais constitucionais do século XX ou às supremas cortes. Ao lado das prerrogativas presidenciais de exceção (art. 16), a Constituição de 1958 instituiu um Conselho Constitucional (art. 56-63), com papel político e preventivo, assemelhando-se muito mais a uma terceira casa legislativa (que toma decisões rápidas, mas não necessariamente com densidade argumentativa); apenas em 2010, entrou em vigor na França a possibilidade do controle *a posteriori* de constitucionalidade, quanto às leis que já entraram em vigor, pela via de exceção no contencioso administrativo ou judicial (“questão prioritária de constitucionalidade”)¹⁶.

3. O modelo americano de controle judicial difuso

O regime representativo estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos e teorizado nos Artigos Federalistas está assentado na noção hobbesiana de que, se os homens forem deixados livres, tendem a exercer a tirania, a qual representaria o governo em que os direitos naturais não são respeitados; daí a necessidade de o

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. *FORUM*, Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín, n. 3, p. 13-51, enero/jul. 2012. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/42695/32373-119741-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2024.; HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 48, p. 263-277, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.; SCHMITT, Carl. Statute and judgement. In: VINX, Lars; ZEITLIN, Samuel Garrett (ed.). *Carl Schmitt's early legal-theoretical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 39-155.

¹⁶ “O mecanismo consagrado no artigo 61-1 da Constituição pela reforma de 2008 é simples: por meio do envio pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação, o Conselho Constitucional controla se uma disposição legislativa, que já entrou em vigor e que, portanto, é aplicável, viola as liberdades e os direitos constitucionalmente protegidos. [...] Especificamente o réu pode postular a QPC durante qualquer procedimento perante um tribunal de contencioso administrativo (liderado pelo Conselho de Estado) ou perante a jurisdição (encabeçada pelo Tribunal de Cassação). Além disso, o réu pode levantar a questão em primeira instância, em apelação ou em sede de cassação.” BOURGET, Renaud. O controle de constitucionalidade a posteriori das leis pelo Conselho Constitucional francês. Tradução de Fernanda Figueira Tonetto. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 2, p. 99, maio/ago. 2020. Ver também SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

exercício do Poder ser freado e contrabalanceado por sanções (prêmios ou punições)¹⁷. Mais do que uma “democracia madisoniana”, o arranjo americano merece ser adjetivado como um regime representativo liberal ou republicano, mas “protodemocrático”¹⁸.

A invenção americana do presidencialismo instituiu um esquema para conter o poder de um chefe de Estado e governo eleito independentemente dos legisladores (ao contrário do parlamentarismo), embora se refira, nos Estados Unidos, a uma eleição indireta, com base em colégio eleitoral. Esse arranjo combina a fragmentação da soberania em diferentes órgãos (a ideia de Montesquieu de que um Poder deve conter o outro) com mecanismos procedimentais de vetos mútuos entre os Poderes, ou seja, Madison adiciona “freios e contrapesos” que dificultam o avanço de transformações políticas e o faz em nome da preservação de direitos individuais (a começar pela propriedade), cujo último guardião é o Judiciário. Nesse esquema, o próprio bicameralismo é visto como uma forma de neutralizar a “natural” supremacia do Legislativo em uma república, permitindo que o Senado bloqueie medidas que obtenham maioria na Câmara dos Deputados. Sem o Poder Legislativo de definir o orçamento e sem o poder policial e militar concentrado no Executivo, o Judiciário ainda era visto como “o menos perigoso dos Poderes”, como o definiu Alexander Hamilton no mesmo *O Federalista* (n. 78)¹⁹.

Com o advento do bipartidarismo americano, o esquema torna-se problemático em seus próprios intentos, de modo que, se o presidente obtiver maioria no Legislativo, deixa de ser bloqueado, podendo invadir os direitos dos cidadãos²⁰. Para Dahl²¹, por outro lado, a noção de “freios e contrapesos”, pregada por Madison, só faz sentido se as eleições populares e a competição partidária não forem vistas como suficientes para evitar a tirania, impedindo invasões de direitos fundamentais. Ademais, se o esquema madisoniano ajuda a bloquear o Legislativo, não é tão eficiente para conter o Executivo e o Judiciário, que se avantajaram ao longo do século XX.

¹⁷ DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. cap. 1.

¹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist papers*. Edited by Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008. n. 10, 47-58, 78; AMATO, Lucas Fucci. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. cap. 7; UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from Politics, a work in constructive social theory*. London: Verso, 2004. p. 207-221; 441-480.

²⁰ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 8, p. 2312-2386, June 2006.

²¹ DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*.

Apesar de discussões que remontam à Convenção da Filadélfia, a Constituição de 1787 (*article 3, section 2*) apenas reza que: “O Poder Judiciário estender-se-á a todas as coisas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos”, nada diz sobre invalidação das leis. O controle judicial de constitucionalidade (difuso) tem sua origem na inferência feita pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison* (1803). De um puro raciocínio lógico, partindo das premissas de que o direito não comporta antinomias e as normas constitucionais são superiores às legais, Marshall inferiu que normas inconstitucionais não vinculam os juízes²². Na verdade, mais que uma simples interpretação do direito, o controle judicial foi uma inovação institucional, tanto que demorou décadas para ser rotineiramente implementado na experiência americana.

Da segunda metade do século XIX às primeiras décadas do século XX, a Suprema Corte americana tomou uma série de decisões polêmicas – ao reconhecer práticas escravistas ou segregatórias e ao invalidar leis trabalhistas em nome da liberdade contratual²³ – a pretexto de interpretar literalmente as disposições da Constituição e de suas emendas. Os realistas jurídicos denunciaram tais interpretações como juízos políticos velados, pregando então uma interpretação judicial que reconhecesse e explicitasse seus juízos de valor e finalidade, mas que concedesse deferência às opções de políticas públicas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo²⁴. A partir da década de 1930, quando a Suprema Corte entrou em rota de colisão com diversas medidas tomadas pelo governo Roosevelt, denunciou-se o ativismo judicial, pregando-se a autocontenção²⁵. A partir dos anos 1950 (durante a chamada Warren Court) é que a Suprema Corte americana passou a tomar medidas progressistas (na esteira do movimento de direitos civis) e desde então afirmou-se abertamente como uma formuladora de políticas públicas, vinculada ora a maiorias conservadoras, ora a progressistas, em alinhamento ou oposição aos governos de ocasião²⁶. Sob a ótica do

²² NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 189-196.

²³ Dahl mostra como a Suprema Corte atrasou em mais de vinte anos a adoção de leis contra o trabalho infantil nos Estados Unidos. Vide DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. p. 106-107.

²⁴ SOLAR CAYÓN, JoséIgnacio. *Política y derecho en la era del New Deal*: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002. p. 135-153.

²⁵ MORRISON, Rodney J. Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court: an example of the use of probability theory in political history. *History and Theory*, v. 16, n. 2, p. 137-146, May 1977.

²⁶ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-295, 1957. Disponível em: <https://docenti.unimc.it/benedetta.barbisan/teaching/2019/20552/files/robert-dahl-decision-making-in-a-democracy-i.e.-are-courts-truly-counter-majoritarian>. Acesso em: 26 nov. 2024.

common law britânico, Hart²⁷ comentava o protagonismo judicial como uma novidade e peculiaridade dos Estados Unidos, cuja Suprema Corte decidira declarar a inconstitucionalidade de atos dos governos federal e estaduais e desenvolvera padrões de razoabilidade, controlando não apenas o devido processo legal formal, como também o substancial, na proteção da liberdade e da propriedade.

4. O modelo germânico de controle judicial concentrado

O modelo de controle judicial abstrato foi paradigmaticamente programado pela corte constitucional instituída pela Carta austríaca de 1920, sob direta liderança de Hans Kelsen, e replicado em medida relevante após a segunda guerra mundial no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, estabelecido em 1951. Corresponde, em linhas gerais, à experiência de jurisdição constitucional que vicejou da Europa Continental à América Latina.

Antes da unificação alemã (1871), o jurista e ministro prussiano Savigny havia fundado o modelo de referência da ciência dogmática do direito, considerando que as instituições que estruturam a sociedade de forma orgânica seriam representáveis sistematicamente pelo esforço conceitual dos juristas. O método tipológico e sistemático as exibiria em sua complexidade e concretude, discernindo os elementos gramatical, histórico, lógico e sistemático na interpretação do direito positivo, e, logo, tomando-o como um sistema unitário, coerente e completo, isto é, sem contradições ou lacunas²⁸.

Com o advento da República Alemã, o poder político passou a ser repartido entre o Presidente, o Chanceler e o Parlamento, colocando em disputa a posição equivalente à do monarca sob o regime anterior. Portanto, a concepção de que o Presidente da República deveria ser o “guardião da Constituição” era plausível na república parlamentar (ou semipresidencialista) de Weimar (1918-1933), na qual a função presidencial era vista como uma herança e um equivalente funcional do papel ocupado pelo imperador no período precedente: responsável sobretudo por garantir a unidade nacional e arbitrar os conflitos federativos em um país heterogêneo, tardiamente unificado.

²⁷ HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 124-125.

²⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of the modern Roman law*. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867. v.1, cap. 4.

Mais do que isso, vivenciava-se na Alemanha algo próximo de uma democracia de massas moderna, com a ascensão de partidos de diversas correntes ideológicas e movimentos de trabalhadores. Sob inspiração de Hugo Preuss, o artigo 48 da Constituição de Weimar atribuiu ao Presidente da República (diretamente eleito) o poder de, caso necessário, tomar medidas para preservar ou restabelecer a segurança e a ordem pública com a ajuda das Forças Armadas, podendo então suspender direitos fundamentais. Enquanto titular da arbitragem sobre o que se convencionou chamar de “estado de exceção”, o Presidente da República passou a ser visto como o tomador das decisões fundamentais (inclusive nas “lacunas” da “lei constitucional”) e como alguém capaz de desvendar o “espírito” ou o “propósito” acima da mera interpretação literal dos dispositivos constitucionais. Na concepção schmittiana, a decisão que institui a ordem jurídica, em oposição à exceção, é que dá a parametrização do que é jurídico e do que não é. Esse é o contexto da tese de que o soberano é quem decide no estado de exceção²⁹ e a Constituição é a decisão sobre a forma e a unidade do Estado, em oposição à lei constitucional, que é a mera positivação de normas na forma jurídica constitucional³⁰.

Após o trauma nazista, período em que Hitler não só foi indicado como chanceler, como também fundiu os poderes presenciais, autoproclamando-se *Führer*, resgatou-se a solução kelseniana de atribuir a guarda da Constituição a uma corte constitucional. Kelsen³¹ dirigiu-se explicitamente contra Schmitt³², que posicionara o soberano – no limite, o ditador, o líder ilimitado por qualquer ordem jurídica – como guardião da Constituição. O chefe de Estado personificaria, para Schmitt, o “Poder neutro” que Benjamin Constant identificara ao monarca. Entretanto, o soberano schmittiano extrapola os poderes reconhecidos a um monarca constitucional, justamente ao poder decidir sobre o estado de exceção – em outros termos, ao poder suspender sobre si os próprios limites da ordem jurídica que o constituiu nessa posição. Já Kelsen³³ atribui o controle de constitucionalidade a um órgão colegiado diferenciado em relação ao Poder Judiciário, que não deveria confrontar

²⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Coordenador e supervisor: Luiz Moreira; tradutor: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

³⁰ SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008. p. 57-88.

³¹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 237-298.

³² SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³³ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 257.

o conteúdo da lei com o de uma norma constitucional; deveria, mais precisamente, avaliar o ato de produção da lei. Se este ocorreu em desconformidade com a norma superior (constitucional), que definiu a competência e o procedimento para criação da norma legal, o ato de produção normativa passaria a ser o suporte fático ao qual a Constituição imputaria uma sanção: a invalidade da norma infraconstitucional. Assim, estaria o tribunal constitucional legitimado a retirar a validade das leis, funcionando como um “legislador negativo”³⁴. Kelsen³⁵ lembra que o argumento de que transferir o poder de decisão sobre a validade ou invalidade da lei do Parlamento para uma instância externa, em que podem se expressar forças políticas opostas, simplesmente repete o dilema platônico: “reis juizes ou legislador régio?”. A teoria kelseniana do controle de constitucionalidade parte da constatação de que seria tanto tentador quanto inócuo confiar ao próprio Legislativo a anulação de leis inconstitucionais; assim surge a necessidade de uma garantia jurisdicional da constitucionalidade³⁶.

Embora tenha sentido jurídico, uma Constituição sem uma corte que realizasse o controle de constitucionalidade não seria “plenamente obrigatória, no sentido técnico”³⁷. Kelsen³⁸ rejeitava a ideia de que um tribunal constitucional pudesse invalidar leis sob o argumento da incompatibilidade, seja com princípios gerais formalizados, seja com preceitos do direito natural ou normas “suprapositivas”. Alguns princípios podem estar incorporados ao texto constitucional e a outros estratos da ordem jurídica escalonada ou são “deduzidos por abstração” de normas explícitas, sendo com estas aplicados. E há princípios que são evocados por razão de justiça ou equidade, sem estarem devidamente traduzidos em normas do direito positivo; não são, assim, juridicamente obrigatórios, pois expressam apenas interesses e ideais de certos grupos, e não o produto de uma decisão criadora do direito segundo o método democrático. O legislador tem um poder quase ilimitado de criar o direito, enquanto os demais órgãos – progredindo na escala de concretização normativa – vão tendo poderes criativos mais constrangidos ao

³⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 263-264.

³⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 263.

³⁶ Analogamente, o controle da legalidade dos atos produtores de decretos, diante das leis, é, segundo Kelsen, de jurisdição administrativa. Ver KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. Tradução de Alexandre Krug. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 18-24.

³⁷ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. Tradução de Maria Ermantina Galvão. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 179.

³⁸ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 167-170.

executarem e aplicarem o direito, embora tenham poder discricionário para escolher uma dentre várias interpretações igualmente possíveis. Logo, julgar com base em princípios indeterminados e equívocos tende a extravasar o papel de aplicação jurisdicional do direito. Esses princípios – como equidade, liberdade, igualdade ou moralidade – expressam a ideologia política vigente e, por se prestarem a diferentes concepções, são extremamente perigosos no âmbito da jurisdição constitucional, mesmo se tiverem guarida no texto da Constituição. Se resolvessem controlar o conteúdo das leis tendo como critério a conformidade a tais preceitos, na falta de maiores detalhamentos constitucionais que restringissem e estruturassem a interpretação de determinado princípio, os juízes constitucionais atingiriam um poder insuportável para uma democracia parlamentar.

O modelo kelseniano, apesar de ser, sim, um modelo de controle de constitucionalidade, ainda era voltado para a função precípua de arbitramento dos conflitos federativos. Segundo seu idealizador, a autoridade e a observância do pacto federativo (em suma, a própria federação) dependem da existência de um tribunal constitucional federal – com competência para decidir a respeito do conteúdo da Constituição e das compatibilidades e incompatibilidades das medidas tomadas pelos entes federativos com a Constituição³⁹. A Constituição de Weimar, em seu art. 108, determinou a instalação de uma Corte de Justiça em matérias de Estado (*Staatsgerichtshof*), a qual estava centrada no arbitramento de conflitos federativos (arts. 15, 19 e 90) e entre os diferentes órgãos do Estado (art. 59). Não era uma corte constitucional com monopólio do controle abstrato, mas, sim, um tribunal especial, ocasionalmente convocado na mais alta corte civil e criminal do país (*Reichsgericht*) para arbitrar conflitos federativos⁴⁰.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que surgiu no pós-guerra, tem como funções precípua arbitrar conflitos entre os entes federativos e os órgãos estatais, bem como julgar a compatibilidade das normas com a Lei Fundamental, seja pela via difusa, seja pela via concentrada de controle de constitucionalidade⁴¹. Tal Tribunal teve seu papel imensamente ampliado, abarcando vasto rol de instrumentos processuais e técnicas interpretativas para a concretização de direitos fundamentais.

³⁹ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 182-185.

⁴⁰ VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 4.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 491-502; GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 26, n. 2, p. 158-176, jul./dez. 2010.

Dado o contexto histórico de sua formação, em seguida ao nazismo e buscando a legitimidade de uma Constituição provisória (a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que se tornou a Constituição definitiva da Alemanha ocidental), o Tribunal passou a entendê-la como uma ordem objetiva de valores e a si mesmo como o realizador dessa ética concreta. O Tribunal adotou crescentemente um método de interpretação por “sopesamento” de “valores”, ampliando sua intervenção na realização do Estado social alemão. Aliado à doutrina, foi pródigo na criação de fórmulas argumentativas para o juízo sobre direitos fundamentais: proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso, reserva do possível, vedação da proteção insuficiente etc.⁴² É nesse ponto que a teoria do direito se aproximou da teoria constitucional e encontrou o desenvolvimento das teorias de princípios na tradição anglófona, dando origem a certo “modelo global” de tutela judicial de direitos fundamentais⁴³, o qual encontra repercussão com a expansão, no pós-Segunda Guerra Mundial, tanto dos direitos políticos e sociais quanto dos instrumentos e legitimados à provocação do controle judicial de constitucionalidade das leis.

5. O sincretismo constitucional brasileiro e a posição do Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1824 cravou, sob inspiração britânica, liberdades individuais e uma monarquia limitada pela supremacia do parlamento. Do lado francês, as inspirações vieram de teorias (o Poder Moderador do modelo de monarquia constitucional de Benjamin Constant) e práticas (a jurisdição administrativa efetivamente instituída após a revolução). Durante nosso segundo reinado, essa jurisdição foi encabeçada por um Conselho de Estado⁴⁴ que, sem *status* constitucional, acumulou funções de órgão recursal do contencioso administrativo, árbitro de conflitos de jurisdição (entre autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias), órgão

⁴² HOFMANN, Hasso. *Filosofia jurídica pós 1945: sobre a história do pensamento jurídico na República Federal da Alemanha*. Tradução: Ítalo Roberto Fuhrmann. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

⁴³ BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁴ ARAGÃO, João Guilherme de. Dualidade e unidade de jurisdição no Brasil. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 1, p. 126-137, jan. 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5294/2861>. Acesso em: 26 nov. 2024; CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Apontamentos sobre jurisdição administrativa e o Conselho de Estado do Brasil-Império. *Direito Público* / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 9, n. 50, p. 167-185, mar./abr. 2013.

consultivo sobre decretos e regulamentos e sobre dúvidas interpretativas das leis (inclusive por questionamento de juizes), além de assessor do imperador no exercício de seu Poder Moderador. Conforme a Constituição (art. 142), esse Poder lhe permitia nomear e demitir livremente ministros, nomear senadores (a partir de uma lista tríplice gerada pela eleição censitária), dissolver a Câmara dos Deputados, convocar novas eleições (quando entendesse não ser conveniente a Câmara destituir o ministério com o qual estivesse em desacordo), suspender magistrados e moderar e dissolver penas (art. 101).

A Constituição de 1824 (art. 15, n. 8 e 9) estabelecia ser da competência do Parlamento ou da Assembleia Geral (Câmara e Senado) fazer, interpretar, suspender e revogar as leis, bem como velar pela guarda da Constituição. Entretanto, em vez da supremacia parlamentar britânica, dos freios e contrapesos do presidencialismo americano ou da denegação francesa do *status* de “Poder” ao Judiciário (visto apenas como uma “autoridade”), a solução do Poder Moderador importava a arbitragem de um quarto Poder⁴⁵, inspirada pela associação de Benjamin Constant entre a realeza e a neutralidade. Contra a facciosidade política, o imperador corporificaria a vontade perene da nação, sendo “superior a todas as paixões, a todos interesses, a toda rivalidade”⁴⁶.

A Constituição de 1891 cravou a opção pelo modelo americano de controle judicial difuso; estabeleceu-o tendo como ápice o Supremo Tribunal Federal, cabendo aos tribunais estaduais apreciar a constitucionalidade das leis estaduais, com recurso ao STF (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, *a* e *b*; Lei 221/1894, art. 13, § 10). Antes mesmo da promulgação da Constituição, o Decreto n. 848/1890 já previra a competência dos juizes para não aplicar lei entendida como inconstitucional.

Com a Revolução de 1930, chegaram reformas relevantes no modelo de controle judicial, ao mesmo tempo em que principiava a constitucionalização de direitos sociais, ainda que não fossem judicializáveis⁴⁷. Pela Constituição de 1934, a declaração de inconstitucionalidade passou a ser aceita apenas se apoiada pela maioria dos membros dos tribunais (art. 76, 2, III, *b* e *c*; art. 179); afirmou-se a competência do

⁴⁵ VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862. p. 20.

⁴⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 205.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738.

Senado para suspender execução da norma declarada inconstitucional (arts. 91, IV, e 96); tipificou-se a ação de representação interventiva do Senado perante o STF (arts. 7, I; 41, § 3º; 12, § 2º); e vedou-se a judicialização de “questões políticas” (art. 68). Na assembleia constituinte, houvera até mesmo um projeto de corte constitucional de inspiração kelseniana⁴⁸.

Sob a Constituição de 1937, compartilhou-se o Poder Legislativo entre o Parlamento, o Presidente da República e o Conselho da Economia Nacional (art. 38); estabeleceu-se então (art. 96) um modelo de controle judicial “fraco” e o controle permanecia difuso, exigindo-se maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade por tribunais. O Presidente poderia ressubmeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, sendo esta aprovada se obtivesse dois terços dos votos em cada casa legislativa. Todavia, o Congresso Nacional permaneceu fechado de 1937 a 1945, tendo o Executivo legislado por meio de decretos-leis (caso do Código de Processo Civil de 1939, do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal de 1941 e da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943).

Na primeira experiência efetivamente democrática no Brasil, sob a vigência da Constituição de 1946 manteve-se o controle difuso (art. 103, III, *b e c*) e restabeleceu-se o modelo de 1934 sobre a representação interventiva (como primeiro caso de ação direta de inconstitucionalidade), mas a legitimação para tal ação (arts. 7, VII, e 8) passou a ser não mais do Senado, e, sim, da Procuradoria-Geral da República (ainda ligada ao Poder Executivo, exercendo, inclusive, a função de representação judicial da União, conforme art. 126). Além de garantir direitos individuais contra o arbítrio dos Poderes políticos (como afirmava a doutrina do *habeas corpus* preconizada por Rui Barbosa), o Supremo Tribunal Federal passava a arbitrar disputas estratégicas sobre a separação de Poderes e a organização política e administrativa do Estado⁴⁹.

No contexto da ditadura militar, expandiu-se o controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e federais, a ser suscitado pela Procuradoria-Geral da República (EC n. 16/1965). A Constituição de 1967 (art. 114, I, *l*) manteve o modelo, mas deixou de permitir o que era previsto pela EC n. 16/1965 (art. 19): a criação de processo de competência originária dos tribunais estaduais para julgar

⁴⁸ ALVARENGA, Nilo de. Emenda n. 1.107, apresentada em 20 de dezembro de 1933. In: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte: organizados pela redacção dos annaes e documentos parlamentares*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. v. 3, p. 513-515. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/482e5d9f-7ace-4b6b-b582-3068dd9dc8b3>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁴⁹ MACHADO, Luiz Felipe Mata. *Julgar a lei, administrar o Estado: uma outra história do controle abstrato de constitucionalidade*. Londrina: Thoth, 2024.

a constitucionalidade de leis municipais diante das constituições estaduais. Em 1969, adicionou-se tal controle (sob provocação do Ministério Público) para fins de intervenção estadual no município (art. 15, § 3º, *d*). Entretanto, os sucessivos Atos Institucionais (que excluíram da apreciação judicial as suas medidas, incluindo suspensão de garantias da magistratura, cassação de ministros e parlamentares, suspensão de direitos etc.) evidenciavam que o Supremo e o Judiciário em geral não dispunham de margem efetiva de autonomia para exercer sua função.

Assim, apenas a partir da Constituição de 1988 é que se observou uma ampliação significativa das competências do STF (art. 102), dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade e do rol dos legitimados a provocá-lo (incluindo, além de autoridades estatais, segundo o art. 103, o Conselho Federal da OAB, qualquer partido com representação no Congresso Nacional e qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Quanto aos instrumentos, a própria Constituição tipificou, além da ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); determinou a atuação do Advogado-Geral da União na defesa dos atos e normas impugnados diante do STF no controle direto (art. 103, § 2º); e atribuiu aos Estados a instituição de controle de constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). Em 1993, a EC n. 3 tipificou a ação declaratória de constitucionalidade; em 1999, as leis 9.868 e 9.882 deram regulamentação procedimental, com tendência concentradora e vinculante do controle judicial. Em 2004, a EC n. 45 criou a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário ao STF⁵⁰.

“Se em 1891 não havia nenhuma forma de recorrer diretamente ao STF para obter uma decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, hoje há pelo menos cinco”⁵¹, produzindo, ademais, um perfil institucional “híbrido”, em que convivem tendências da jurisdição constitucional de modelo europeu (ações diretas de controle abstrato, força das cláusulas pétreas e vinculatividade das decisões do STF) com características típicas da experiência americana (forma de nomeação dos ministros do STF, vitaliciedade, sessões públicas, sustentações

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1036-1062.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. p. 216.

orais, publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, mais individual do que concatenada e deliberativa). Algumas características, como a força da jurisprudência nacional sobre direitos sociais, não têm paralelo nem na Europa nem nos Estados Unidos, aproximando-se de experiências como a indiana.

O que tal hibridismo tem de especialmente marcante é a compatibilização de modelos que, ao menos em teoria, não seriam harmônicos entre si e que inobstante sobrevivem, convivem e florescem na ordem constitucional brasileira. De um lado, o argumento de Marshall para afirmar a possibilidade da “revisão judicial” das leis foi de que esta seria um pressuposto lógico da supremacia da constituição – isto é, sem o controle de constitucionalidade, a Constituição teria o *status* de qualquer outra lei e perderia o seu valor jurídico especial. Por outro lado, Kelsen, indo um passo além de Marshall (que se limitou a reconhecer a supremacia da Constituição), descreveu o direito (sob inspiração de Merkl)⁵² como uma ordem escalonada, em que as normas inferiores são concretizações das normas superiores e, portanto, são válidas na medida em que emanadas segundo o procedimento e a autoridade definidos nas normas superiores. Kelsen reconheceu, também, que há casos nos quais uma norma claramente não se conforma às normas que lhe são superiores, mas, mesmo assim, é aplicada (por exemplo, antes de uma norma declarada inconstitucional ser anulada), o que (i) significa que o poder de definir o pertencimento da norma ao sistema, em última análise, reside nas mãos dos juízes (com a dificuldade de entender o que vincula os juízes); ou (ii) deve haver uma cláusula tácita de aceitação do conteúdo da norma inferior contrária à norma superior no bojo da própria norma superior (solução claramente inaceitável). Segundo Santiago Nino⁵³, o fato de que a norma inconstitucional pode continuar a ser aplicada pelas autoridades mostraria claramente um erro no raciocínio de Marshall, que pressupõe a lógica de necessidade de conformação do conteúdo da norma inferior (lei ou ato) com o conteúdo da norma superior (Constituição). Uma vez admitido que a norma inconstitucional pode continuar a ser aplicada, não há motivo lógico para que o Judiciário efetue o controle de constitucionalidade (como argumentou Marshall); trata-se de uma atribuição contingente de poder para que os juízes velem por tal consistência.

⁵² MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: MERKL, Adolf Julius. *Escritos de teoria do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2018.

⁵³ NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. p. 189-196.

A crítica a Marshall convence, é verdade – o próprio controle de constitucionalidade e sua atribuição ao Judiciário não são necessidades lógicas, mas opções políticas. Todavia, é verdade também que, se a justificativa original do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, dada há mais de duzentos anos, parece hoje pouco convincente, depois disso lá se afirmaram muitas outras justificativas possíveis⁵⁴, além de a própria instituição ter se rotinizado na prática.

No entanto, o que importa aqui é que o argumento de Marshall para justificar o controle de constitucionalidade é muito mais deferente aos Poderes Legislativo e Executivo do que pode parecer à primeira vista. O juiz, segundo Marshall, não está agindo porque a ele foi conferido um poder de legislador negativo (como explica Kelsen para justificar o controle concentrado), mas, sim, por necessidade lógica de dar coerência ao direito. Para Kelsen, não apenas o direito poderia admitir contradição (entre normas constitucionais e infraconstitucionais), como também a norma considerada inconstitucional e inaplicável por um juiz (no controle difuso) não é, tal como no controle concentrado, anulada (para Kelsen, não existem nulidades); o que há é um precedente de não aplicação da norma que vincula os demais tribunais do sistema (*stare decisis*) e que equivale, na prática, a uma anulação⁵⁵.

Essas diferentes justificativas a princípio imporiam estilos argumentativos diversos a cada uma das linhagens de controle judicial de constitucionalidade. O modelo de corte constitucional pressupõe que tal controle é um ato político, e não mera decorrência lógica de uma interpretação puramente dedutiva e formalista da lei, o que, aliás, está fora de cogitação na descrição de Kelsen sobre o processo de “concretização” das normas na dinâmica jurídica e o que fundamenta sua polêmica com Schmitt acerca da atribuição desse controle a uma corte especial ou a um líder político⁵⁶. Já o modelo de controle judicial difuso pressupõe que o juízo de inconstitucionalidade faz parte da rotina normal de aplicação jurisdicional de leis e precedentes. Entretanto, durante o século XX, em especial no pós-guerra, houve certa convergência não apenas da prática processual de ambos os modelos (dificuldade de separar jurisdição comum e jurisdição constitucional; equivalência prática entre a declaração

⁵⁴ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. New Haven, London: Yale University Press, 1962. cap. 1.

⁵⁵ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: (um estudo comparado das constituições austríaca e americana). In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 299-319; KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 150-155.

⁵⁶ RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 120-142.

abstrata de inconstitucionalidade por uma corte constitucional e a vinculação a precedentes de uma suprema corte)⁵⁷, mas também de suas práticas interpretativas – fosse a partir da denúncia realista de que toda interpretação judicial pressupõe juízos de valor, finalidade, consequência e contexto, fosse por meio do desenvolvimento de teorias mais estruturadas e racionalistas sobre princípios e ponderação⁵⁸. No Brasil, tal convergência hermenêutica foi recepcionada em paralelo à progressiva abstrativização do controle judicial, culminando com a práxis pós-1988, na qual o STF assume duplo protagonismo: jurídico (no controle de consistência no topo da hierarquia judicial) e político (na arbitragem de impasses entre os Poderes eleitos).

6. Conclusão

Ao lado da discussão sobre a judicialização de controvérsias políticas e morais e os limites de seu tratamento em termos de concretização de direitos fundamentais, pode-se analisar principalmente o aspecto da inter-relação da jurisdição constitucional com os demais Poderes e a democracia. Esta foi a proposta deste artigo. Observou-se que a difusão do controle judicial de constitucionalidade das leis, ao longo do século XX, foi uma resposta à emergência da democracia de massas e ao crescimento do Poder Executivo em comparação com os modelos liberais clássicos, instituídos ao redor do século XIX, de governo representativo com voto restrito e supremacia legislativa. No século passado, diante das instabilidades causadas pela universalização do sufrágio e pelos contra-ataques autoritários, assim como pela pluralização de partidos, ideologias, grupos de interesse e movimentos sociais, diversas matrizes constitucionais procuraram alguma âncora de estabilidade institucional em meio às oscilações conjunturais da política eleitoral e da opinião pública. Na busca por um protagonista para titularizar funções equivalentes às antigas prerrogativas reais de poder “neutro” ou “moderador”, o “guardião da Constituição” foi identificado por diferentes teorias e práticas com diversos postos, desde o Presidente da República (eleito plebiscitariamente ou mesmo aclamado como ditador) até os

⁵⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, v. 6, n. 22, p. 489-524, abr./jun. 2012; GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

⁵⁸ JESTAEDT, Matthias. Teoria da ponderação: altos e baixos. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, n. 19, p. 173-208, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49932/29133>. Acesso em: 26 nov. 2024.

juízes, passando pela burocracia pública em geral, pelas Forças Armadas, em particular, ou mesmo por uma corte constitucional.

É importante ressaltar o quanto a análise comparativa e de maior duração ajuda a iluminar aspectos mais conjunturais e atuais do quadro constitucional brasileiro, particularmente quanto à posição do STF diante da separação de Poderes e da democracia de massas. Em sua projeção ao desenho e à prática institucional do STF, podem ser pontuados alguns traços desse sincretismo, todos merecedores de investigações mais aprofundadas, que extravasam o caráter histórico ou genealógico proposto por este artigo. Uma primeira variável diz respeito à combinação do formato judiciário do tribunal como garantidor de direitos, molde forjado no início da república à luz da Suprema Corte americana, com a crescente influência, na trajetória brasileira, do desenho institucional de uma corte constitucional ao estilo europeu, vista desde as origens desse modelo como árbitro político de impasses federativos⁵⁹ e entre os Poderes políticos. Mais específica e contextualmente, temos a combinação de papéis programada pela Constituição de 1988, que lastreia o protagonismo do STF inclusive no jogo político e na opinião pública. Tal visibilidade se explica, em grande medida, pela interseção de funções não apenas de uma corte constitucional em sentido estrito (com seu amplo rol de instrumentos e legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade, muitas vezes demandando o arbítrio de questões morais e politicamente controversas e o deslinde de impasses institucionais entre os poderes políticos), mas também de última instância recursal (julgando demandas de grande volume, impacto social e direcionamento de toda a jurisprudência) e foro por prerrogativa de função (com extenso rol de beneficiados e julgamentos de grande repercussão política), além da interface com a Justiça Eleitoral⁶⁰. Com isso, além de velar pelos direitos fundamentais e pelas regras básicas de organização do poder, o STF acaba sendo também um estuário dos conflitos políticos, fornecendo uma saída (alternativa à concertação política, à convocação popular e, sobretudo, à arbitragem militar protagonizada de fato pelas

⁵⁹ Sobre o caso brasileiro, ver: COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. *Revista General de Derecho Constitucional*, v. 37, p. 1-28, 2022.

⁶⁰ Além de o Supremo ter três ministros como membros simultaneamente do Tribunal Superior Eleitoral, ver, por exemplo, os Inquéritos instaurados pelo STF – IP 4.781/DF (2019) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4781/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024) e 4874/DF (2023) – sobre *fake news* e milícias digitais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4874/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 19 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799>. Acesso em: 27 nov. 2024).

Forças Armadas em alguns momentos da história nacional)⁶¹ à paralisia decisória entre Legislativo e Executivo, nos termos da heterogeneidade e fragmentação partidária e regional, características do presidencialismo brasileiro⁶². Retroalimentam o exercício dessas funções a judicialização de políticas públicas (seja para um controle estrutural, seja na concessão de prestações individualizadas de serviços de saúde, educação etc.) e a estruturação e ampliação das competências do Ministério Público e da Defensoria Pública (cujas garantias foram progressivamente ampliadas pelas Emendas à Constituição n. 40/2004, 74/2013 e 80/2014).

Além da (i) combinação de modelos e funções da corte, outras variáveis caracterizadoras do sincretismo constitucional brasileiro incluem: (ii) a heterogeneidade de dispositivos constitucionais analisáveis (cláusulas pétreas indeterminadas, direitos e garantias individuais, coletivos e difusos, prerrogativas funcionais e corporativas, normas de organização do Estado e políticas públicas)⁶³; (iii) a variedade de instrumentos e vias processuais (ações abstratas de controle da ação e omissão inconstitucional, recursos e ações concretas, como mandados de segurança, de injunção e reclamação para manter a autoridade do tribunal); (iv) o vasto repertório de técnicas hermenêuticas (interpretação conforme a Constituição, modulação de efeitos da sentença, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, sentenças manipulativas aditivas etc.); (v) a flexibilidade de estratégias decisórias (agenda, pauta, decisão monocrática ou colegiada, audiências públicas, “concertações” ou “diálogos” formais ou informais com outros Poderes); e (vi) a combinação, conforme o perfil de cada ministro e a tática de abordagem dos temas sob julgamento, de estilos interpretativos – ora mais regrados, autocontidos e formalistas, ora mais abertamente baseados em juízos sobre princípios de justiça ou mesmo em avaliações pragmáticas, instrumentais ou consequencialistas sobre políticas públicas.

Uma vez que nos damos conta das variáveis desse sincretismo (de modelos e funções, cláusulas controláveis, vias processuais, técnicas hermenêuticas, estratégias decisórias e estilos interpretativos e argumentativos) que se operou na experiência constitucional brasileira, torna-se explicável como um mesmo tribunal pode, em um

⁶¹ FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva, 2019. cap. 5. Ver também FURTADO, Celso. Obstáculos políticos ao crescimento brasileiro. In: FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. Organização, apresentação e notas de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Pinguim-Companhia das Letras, 2013. p. 405-427.

⁶² ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁶³ ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição *policy-oriented*. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 1, n. 1, p. 299-342, jan./jun. 2021.

caso concreto (controle difuso), garantir à mãe não gestante, em uma união homoafetiva, o gozo da licença maternidade ou paternidade (mesmo que a companheira já tenha usado o benefício), usando explicitamente a definição de isonomia proposta por Ronald Dworkin;⁶⁴ e, em outro, atuar como autêntico “legislador negativo”, em controle concentrado, declarando lei estadual que garantia direitos aos deficientes, inconstitucional por violar as competências legislativas da União e afirmando, assim, a supremacia da Constituição⁶⁵. É também a partir do sincretismo que entendemos por que o STF tem, hoje, papel de protagonista em questões políticas candentes, como a possibilidade ou não de prisão, para o cumprimento de pena, após a condenação em segunda instância⁶⁶, ou a possibilidade do *homeschooling*⁶⁷.

Não devemos, entretanto, cair na tentação de imaginar que diagnosticar o sincretismo constitucional seja uma forma de afirmação ou defesa do colonialismo mental. Falar em sincretismo constitucional é reconhecer, sim, como não poderia ser diferente, o aporte estrangeiro nas nossas instituições constitucionais, mas é também notar, simultaneamente, que essas diferentes recepções, em conjunto com a nossa trajetória e aquilo que nos é peculiar, produziram um sistema de controle de constitucionalidade único no mundo. Apenas partindo de tal diagnóstico é que se pode avançar em hipóteses de pesquisa, críticas e propostas de reforma institucional contextualmente informadas.

⁶⁴ RE 1211446, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-s/n DIVULG 20-05-2024 PUBLIC 21-05-2024 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1211446/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777052102>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁵ ADI 7208, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7208/MT**. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767107858>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁶ Controvérsia na qual, diga-se de passagem, foram mobilizados argumentos de toda ordem e que podem encontrar raízes nas mais diversas tradições jurídicas. *Vide* ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁷ RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 27 nov. 2024).

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALVARENGA, Nilo de. Emenda n. 1.107, apresentada em 20 de dezembro de 1933. *In*: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**: organizados pela redacção dos annaes e documentos parlamentares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, v. 3, p. 513–515. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/482e5d9f-7ace-4b6b-b582-3068dd9dc8b3>. Acesso em: 26 nov. 2024.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5468088/mod_resource/content/1/MIOLO%20Inova%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

ARAGÃO, João Guilherme de. Dualidade e unidade de jurisdição no Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 1, p. 126–137, jan. 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5294/2861>. Acesso em: 26 nov. 2024.

ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição policy-oriented. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 299–342, jan./jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecador de um diálogo entre ausentes. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725–738.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven, London: Yale University Press, 1962.

BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BOURGET, Renaud. O controle de constitucionalidade a posteriori das leis pelo Conselho Constitucional francês. Tradução de Fernanda Figueira Tonetto. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 97–108, maio/ago. 2020.

BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CASABIANCA, Denis de. Le(s) "corps politique(s)" dans L'esprit des lois de Montesquieu. **Trans/Form/Ação**, v. 30, n. 2, p. 23-32, 2007.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004.

COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 37, p. 1-28, 2022.

CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Apontamentos sobre jurisdição administrativa e o Conselho de Estado do Brasil-Império. **Direito Público** / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 9, n. 50, p. 167-185, mar./abr. 2013.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v. 6, p. 279-295, 1957. Disponível em: <https://docenti.unimc.it/benedetta.barbisan/teaching/2019/20552/files/robert-dahl-decision-making-in-a-democracy-i.e.-are-courts-truly-countermajoritarian>. Acesso em: 26 nov. 2024.

DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva, 2019.

FRATE, Paolo Alvazzi del. Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. **Revue historique de droit français et étranger**, v. 86, n. 2, p. 253-262, avril/juin 2008.

FURTADO, Celso. Obstáculos políticos ao crescimento brasileiro. In: FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. Organização, apresentação e notas de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Pinguim-Companhia das Letras, 2013. p. 405-427.

GILISSEN, John. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, Chaïm (org.). **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelles: E. Bruylant, 1968. Série : Travaux du Centre National de Recherches de Logique. p. 197-246.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 2, p. 153-180, jul./dez. 2010.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). Traducido por: Andrés Botero. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, n. 48, p. 263-277, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist papers**. Edited by Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. *In*: HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 123-144.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

HESPANHA, António Manuel. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. Traducido por Andrés Botero-Bernal. **FORUM**, Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín, n. 3, p. 13-51, enero/jul. 2012. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/42695/32373-119741-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HOFMANN, Hasso. **Filosofia jurídica pós 1945: sobre a história do pensamento jurídico na República Federal da Alemanha**. Tradução: Ítalo Roberto Fuhrmann. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

JESTAEDT, Matthias. Teoria da ponderação: altos e baixos. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 173-208, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49932/29133>. Acesso em: 26 nov. 2024.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. Tradução de Maria Ermantina Galvão. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 119-186.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. Tradução de Alexandre Krug. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 1-46.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: (um estudo comparado das constituições austríaca e americana). *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 299-319.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 237-298.

LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth A. Quashing order. *In*: **A dictionary of law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100358804>. Acesso em: 9 jun. 2024.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 8, p. 2312-2386, June 2006.

LEWIS, Sebastian. Precedent and the rule of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 41, n. 4, p. 873-898, Winter 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/41/4/873/6161245>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LOCKE, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. *In*: LOCKE, John. **Two treatises of government**. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 265-428.

MACHADO, Felipe Mata. **Julgar a lei, administrar o Estado**: uma outra história do controle abstrato de constitucionalidade. Londrina: Thoth, 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. *In*: MERKL, Adolf Julius. **Escritos de teoria do direito**. Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2018.

MÖLLER, Kai. **The global model of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. **De l'esprit des lois**. Paris: Gallimard, 1995.

MORRISON, Rodney J. Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court: an example of the use of probability theory in political history. **History and Theory**, v. 16, n. 2, p. 137-146, May 1977.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. A primeira década de Corte constitucional na Inglaterra: reflexões sobre uma suposta virada republicana na monarquia. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**: RejuriSTJ, v. 2, n. 2, p. 351-381, jul./dez. 2021.

PRZEWORSKI, Adam. Conquered or granted? A history of suffrage extensions. **British Journal of Political Science**, v. 39, n. 2, p. 291-321, Apr. 2009. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/british-journal-of-political-science/article/abs/conquered-or-granted-a-history-of-suffrage-extensions/A4E9E4C21CA70A0603744957F941A78A>. Acesso em: 26 nov. 2024.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis**: dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **System of the modern Roman law**. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitz. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. State ethics and the pluralist state. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2002. p. 300-312.

SCHMITT, Carl. Statute and judgement. *In*: VINX, Lars; ZEITLIN, Samuel Garrett (eds). **Carl Schmitt's early legal-theoretical writings: Statute and judgment and the Value of the state and the significance of the individual**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 39-155.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Coordenador e supervisor: Luiz Moreira; tradutor: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. **Política y derecho en la era del New Deal: del formalismo al pragmatismo jurídico**. Madrid: Dykinson, 2002.

THE LAW SOCIETY. Judicial review reform. **Law Society**, 28 Apr. 2022. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/human-rights/judicial-review-reform>. Acesso em: 9 jun. 2024.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from Politics, a work in constructive social theory**. London: Verso, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo: RDA**, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, v. 6, n. 22, p. 489-524, abr./jun. 2012.

VINX, Lars. **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, April 2006. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2024.

Acórdãos citados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4781/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4874/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 19 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7208/MT**. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767107858>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1211446/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777052102>. Acesso em: 27 nov. 2024.



A *grundnorm* da ditadura militar brasileira: o Ato Institucional¹

The grundnorm of the Brazilian military dictatorship: the Institutional Act

La grundnorm de la dictadura militar brasileña: el Acto Institucional

Rodrigo Alessandro Sartoti²

Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5558-2703>

E-mail: profsartoti@gmail.com

Resumo

A ditadura militar no Brasil utilizou um complexo sistema de normas jurídicas, destacando-se o Ato Institucional (AI), com localização peculiar no ordenamento: acima da Constituição de 1946 e outorgado por ato do presidente da República, desafiando a teoria do direito positivo. Este artigo³, então, parte do seguinte problema: com a edição do AI-1, como explicar a ordem jurídica da ditadura à luz da teoria do direito positivo de Kelsen? O objetivo é conceituar o AI e verificar a diferença entre o AI-1 e os demais Atos. A hipótese é a de que o AI-1 foi uma exteriorização da “norma fundamental” – *grundnorm* em alemão –, um fundamento de validade da ordem jurídica da ditadura. Utilizou-se o método histórico alinhado à análise qualitativa. Fez-se revisão bibliográfica buscando identificar a origem do AI, seus autores durante a ditadura e o contexto em que foram editados os cinco primeiros Atos. Após, realizou-se uma análise crítica dos Atos à luz da teoria do direito positivo de Kelsen e das contribuições teóricas

¹ SARTOTI, Rodrigo Alessandro. A *grundnorm* da ditadura militar brasileira: o ato institucional. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 305-357, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a406>.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), instituição pela qual também é Bacharel e Mestre em Direito. Especialista em Direito Público pela Unicesusc. Durante a graduação, foi pesquisador-bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET). Autor do livro *Juristas e Ditadura*. Foi Professor de Direito Constitucional na UFSC entre 2021 e 2023. Presidiu a Comissão de Direitos Humanos da OAB/SC entre 2022 e 2024. Integrou a Banca Examinadora do Exame de Ordem na área de Direito Constitucional em 2023. Professor da Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina. Advogado e Historiador do Direito. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0482158483979136>.

³ Este artigo faz parte de pesquisa de doutorado realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, sob orientação da Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi.

de Cristiano Paixão, Anthony Pereira e Carlos Fico. Ao final, constatou-se que o AI-1 foi uma inovação no direito brasileiro e materializou a norma fundamental legitimadora da ordem jurídica da ditadura.

Palavras-chave

Direito; ditadura militar; Ato Institucional; constitucionalismo.

Sumário

1. Introdução. 2. A norma fundamental em Hans Kelsen. 3. A origem do termo “Ato Institucional”. 4. Direito e ditadura militar: “renasce” o Ato Institucional. 4.1 Um Ato Institucional para outorgar uma Constituição: o AI-4. 4.2 O “livrinho” foi ignorado para criar o Ato Institucional n. 5. 4.3 O encadeamento lógico entre os Atos Institucionais e a “legalidade autoritária” da ditadura. 5. Conclusão.

Abstract

The military dictatorship in Brazil used a complex system of legal norms, with emphasis on the Institutional Act, which had a peculiar position in the legal system: above the 1946 Constitution and granted by an act of the President of the Republic, challenging the theory of positive law. This article, then, starts from the problem: with the enactment of Act-1, how can we explain the legal order of the dictatorship in light of Kelsen’s theory of positive law? The objective is to conceptualize Act-1 and verify the difference between Act-1 and the other Acts. The hypothesis is that Act-1 was an externalization of the “fundamental norm” – *grundnorm* in German –, a basis for the validity of the legal order of the dictatorship. The historical method aligned with qualitative analysis was used. A bibliographic review was carried out seeking to identify the origin of Act-1, its authors during the dictatorship and the context in which the first five Acts were enacted. Afterwards, a critical analysis of the Acts was carried out in light of Kelsen’s theory of positive law and the theoretical contributions of Cristiano Paixão, Anthony Pereira and Carlos Fico. In the end, it was found that Act-1 was an innovation in Brazilian law and materialized the fundamental norm legitimizing the legal order of the dictatorship.

Keywords

Law; military dictatorship; Institutional Act; constitutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. The fundamental norm in Hans Kelsen. 3. The origin of the term “institutional act”. 4. Law and military dictatorship: the Institutional Act is “reborn”. 4.1 An Institutional Act to grant a Constitution: AI-4. 4.2 The “little book”

was ignored to create Institutional Act-5. 4.3 The logical sequence between the Institutional Acts and the “authoritarian legality” of the dictatorship. 5. Conclusion.

Resumen

La dictadura militar en Brasil utilizó un complejo sistema de normas jurídicas, destacándose el Acto Institucional, con una peculiar ubicación en el sistema: por encima de la Constitución de 1946 y otorgada por acto del Presidente de la República, desafiando la teoría del derecho positivo. Este artículo, entonces, parte del problema: con la edición de AI-1, ¿cómo explicar el orden jurídico de la dictadura a la luz de la teoría del derecho positivo de Kelsen? El objetivo es conceptualizar la IA y verificar la diferencia entre la AI-1 y las demás Actas. La hipótesis es que AI-1 fue una externalización de la “norma fundamental” – *grundnorm* en alemán –, base para la validez del orden jurídico de la dictadura. Se utilizó el método histórico alineado con el análisis cualitativo. Se realizó una revisión bibliográfica buscando identificar el origen de AI, sus autores durante la dictadura y el contexto en el que se publicaron las cinco primeras Actas. Posteriormente, se realizó un análisis crítico de las Actas a la luz de la teoría del derecho positivo de Kelsen y los aportes teóricos de Cristiano Paixão, Anthony Pereira y Carlos Fico. Al final, se constató que AI-1 fue una innovación en el derecho brasileño y materializó la norma fundamental que legitimó el orden jurídico de la dictadura.

Palabras clave

Derecho; dictadura militar; Acto Institucional; constitucionalismo.

Índice

1. Introducción. 2. La norma fundamental en Hans Kelsen. 3. El origen del término “Acto Institucional”. 4. Derecho y dictadura militar: el Acto Institucional “renace”. 4.1 Un Acto Institucional para otorgar una Constitución: AI-4. 4.2 El “librito” fue ignorado para crear el Acto Institucional núm. 5. 4.3 La cadena lógica entre Actos Institucionales y la “legalidad autoritaria” de la dictadura. 5. Conclusión.

1. Introdução

Investigar o papel do direito na ditadura militar é fundamental para compreendermos o direito hoje no Brasil, especialmente para aprimorar a compreensão do desenvolvimento e atual estágio do constitucionalismo brasileiro. Dentro dessa tarefa, o presente artigo se debruça sobre o estudo de uma figura jurídica singular da ditadura iniciada em 1964: o Ato Institucional.

Durante seus mais de 20 anos, a ditadura militar transitou entre normatividade e excepcionalidade, mesclando normas constitucionais e institucionais. Essa foi a inovação do constitucionalismo da ditadura militar no Brasil, de modo que não há como pensar a história do constitucionalismo brasileiro sem compreender o que foi a figura do Ato Institucional, instrumento jurídico que se sobrepôs a três Constituições, tendo dado origem a duas dessas.

No entanto, por que o Ato Institucional? O início do preâmbulo do AI-1, editado em 9 de abril de 1964, já demonstrava a peculiaridade desse instrumento, posto que havia um esforço teórico para juridicizar o golpe militar – ou a “revolução vitoriosa”, como chamavam os militares –, deixando claro que o golpe era detentor de poder constituinte capaz de constituir ou instituir uma nova ordem jurídica:

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 Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma⁴.

Não se estava diante de um mero instrumento jurídico, pois o Ato Institucional apresentava o golpe e a si mesmo como a materialização de um poder constituinte, o qual, muito embora mantivesse expressamente a Constituição de 1946, até então vigente, se colocava acima desta. A partir desse momento, o Brasil passaria a conviver com uma Constituição e com um Ato Institucional, este sobrepondo-se àquela.

A criação da ditadura, mudando o lugar da Constituição de 1946 na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, desafiava a teoria do direito positivo, em especial a concepção defendida por Hans Kelsen no livro *Teoria Pura do Direito*.

Com a edição do AI-1, como poderíamos explicar a ordem jurídica da ditadura militar à luz da teoria do direito positivo de Kelsen? É desse problema que parte este artigo. O objetivo, a partir disso, é explicar o que foi a figura do Ato Institucional, conceituando-o, e verificar a diferença entre o AI-1 e os demais quatro primeiros Atos.

⁴ BRASIL. **Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução vitoriosa. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

A hipótese da qual partimos é de que o AI, em especial o AI-1, foi a exteriorização de uma “norma fundamental” – uma *grundnorm* no alemão – conceituada por Kelsen, funcionando como fundamento final de validade não apenas dos outros dezesseis Atos, como também de toda a ordem jurídica da ditadura, empregando-lhe o aspecto de unicidade. Desse modo, o AI não subverteu a teoria do direito positivo, pelo contrário, o AI-1, especificamente, foi a materialização da norma fundamental kelseniana.

Para responder ao problema e buscar comprovar essa hipótese, utilizou-se o método histórico alinhado com uma análise qualitativa. Inicialmente, fez-se uma revisão bibliográfica dos trabalhos acadêmicos que trataram dos Atos Institucionais, buscando identificar a origem dessa figura jurídica, os seus autores durante a ditadura e o contexto em que foram editados os cinco primeiros Atos. Em seguida, a partir da redação dos AI, aqui compreendidos como fontes primárias, realizou-se uma análise crítica à luz da teoria do direito positivo de Hans Kelsen e das contribuições teóricas de Cristiano Paixão, Anthony Pereira e Carlos Fico.

Ao final da pesquisa, constatou-se que o AI-1 foi uma inovação do direito brasileiro e materializou a norma fundamental que validaria toda a ordem jurídica da ditadura militar.

2. A norma fundamental em Hans Kelsen

Esse lugar diferenciado para o Ato Institucional – acima da Constituição e como expressão de um poder constituinte – nos leva a questionar o instituto a partir da formulação teórica de Hans Kelsen sobre aquilo que o autor austríaco chamou de “norma fundamental”, a *grundnorm* em alemão.

De acordo com Kelsen, o direito produz o próprio direito, ao passo que “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior”⁵. Ao construir a sua teoria escalonada do direito, Kelsen afirma que uma norma jurídica sempre será autorizada por uma norma anterior, mas o próprio Kelsen admite que esse fundamento de validade de cada norma não pode se perder no infinito, de tal modo que será necessária uma norma pressuposta como a última e a mais elevada desse sistema uno. Essa última norma, que daria o

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 217.

arremate final à sua teoria, seria uma norma *pressuposta* (não posta por autoridade competente), acima da própria Constituição, e que funcionaria como o fundamento comum de validade de todas as normas pertencentes à mesma ordem jurídica⁶. Para Kelsen, a função da norma fundamental é “fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz”⁷.

Norberto Bobbio define a norma fundamental como a norma que confere ao “poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas”⁸. Assim como Kelsen, Bobbio diz que a norma fundamental é o fundamento final de validade de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico⁹. No entanto, Bobbio vai um pouco além de Kelsen ao se preocupar não apenas com a função da norma fundamental, como também com o seu conteúdo, demonstrando que a norma fundamental tem relação com o exercício da força. Nesse sentido, afirma Bobbio que a norma fundamental determina a obediência ao poder constituinte, o qual é definido pelo autor como “o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico”¹⁰. Para Bobbio, portanto, há uma relação direta entre a norma fundamental e o exercício da força.

Muito embora comungue da concepção kelseniana de que a norma fundamental é pressuposta, hipotética e um ato da razão humana, a interpretação dada por Bobbio demonstra que a norma fundamental tem conteúdo. Mesmo não sendo escrita, a norma fundamental se coloca como imperativo, qual seja, de que se deve obedecer ao poder constituinte, ao poder posto, sob pena do uso da violência. Diz o referido autor que a norma fundamental autoriza os detentores do poder a usar a força, legitimando-a¹¹.

De acordo com Kelsen, uma revolução ou um golpe de Estado – situações nas quais considera que há modificação ilegítima da constituição – mudam o fundamento

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 217.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 226.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Edunb, 1994. p. 58-59.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 62.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 65.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 67.

de validade da ordem jurídica, e, por consequência, a norma fundamental¹². Se para Kelsen, um golpe, enquanto ato político e ato de força, impõe por si só uma nova norma fundamental, não haveria necessidade de documento jurídico ou norma expressa afirmando isso. Entretanto, essa não era a concepção dos militares quando da edição do AI-1 e do esforço para justificar o golpe como um poder constituinte.

3. A origem do termo “Ato Institucional”

O Ato Institucional foi a figura central do aparato normativo da ditadura militar. Embora a nomenclatura “Ato Institucional” tenha aparecido nos debates da doutrina constitucional brasileira antes de 1964¹³, foi a ditadura militar que efetivamente colocou os contornos da natureza jurídica desse instituto, dando-lhe conceituação própria e uso muito peculiar.

De acordo com Heloísa Câmara, a primeira menção ao termo “Ato Institucional” “encontrada em jornais foi no *Jornal O Federalista*, de 24 de dezembro de 1891”¹⁴. Segundo a autora,

a alusão ocorria em protesto à dissolução do Congresso Nacional em 1891 por ‘acto institucional da ditadura’ do marechal Deodoro da Fonseca, fato que precipitou a renúncia de Júlio de Castilhos da presidência do estado, e, dias depois, do próprio marechal Deodoro da presidência, externando-se como fator importante para a Revolução Federalista¹⁵.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 233-234.

¹³ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. *História do Direito*: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD, v. 2, n. 3, p. 276, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 9 dez. 2022.

¹⁴ PIRES, Mário Augusto D’Antonio. *Constitucionalismo e exceção*: disputas conceituais na teoria da Constituição durante o regime militar (1964-1985). 2020. 291 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06052021-212532/pt-br.php>. Acesso em: 4 dez. 2024. f. 44 *apud* CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 276.

¹⁵ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 276.

Afirma Heloísa Câmara que, em 1930, o Decreto n. 19.398, de Getúlio Vargas, instituindo o governo provisório, “era chamado nos jornais de Acto Institucional”¹⁶. Já na Constituinte de 1946, “a luta pelo sentido de constituição manifesta-se na defesa do ‘ato institucional temporário’, como a outra face da desconsideração da Constituição de 1937 enquanto constituição”¹⁷.

Enquanto “em 1933 o ‘ato institucional’ designava nos jornais o decreto do Governo Provisório que suspendeu a Constituição; na Constituinte na década seguinte, o ato institucional seria justamente a constituição provisória”¹⁸. Heloísa Câmara observa que a figura jurídica do Ato Institucional “não foi uma criação dos juristas em 1964, mas esteve no centro da questão sobre como uma constituinte deveria organizar-se e qual a relação entre situações constituintes e desconstituintes com os poderes constituídos”¹⁹.

4. Direito e ditadura militar: “renasce” o Ato Institucional

Antes do golpe de 1964, então, é possível observar que a figura do Ato Institucional – ou seu embrião, que seria aperfeiçoado na ditadura militar – já aparecia nos debates constituintes dos períodos de transição.

Entretanto, é a partir de 9 de abril de 1964 que o Ato Institucional ganha novos e definitivos contornos, sendo possível extrair um conceito próprio dado pela ditadura militar. Conforme será visto neste artigo, o AI não se tratou de uma simples lei ou ato normativo, mas, sim, de um instrumento que encerrava em si o poder constituinte do golpe de Estado levado a cabo pelos militares, conforme indicam as primeiras linhas do preâmbulo do AI-1: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte”.

¹⁶ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 277.

¹⁷ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 279.

¹⁸ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 279.

¹⁹ CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. p. 281.

De acordo com Carlos Fico, “desde o golpe de 1964 e até 1985, o regime debateu-se com a questão de sua juridicidade a partir de uma dicotomia: a normalidade e a excepcionalidade”²⁰, buscando equacionar esse problema jurídico-político. Para ele, tal dicotomia se origina “na pretensão autoritária de corrigir a democracia por meio de atalhos constitucionais – com o emprego do estado de exceção”²¹. O autor compreende que essa “anomalia”, esse “espaço vazio”, é algo próprio do direito, de tal modo que a exceção necessariamente pressupõe a juridicidade²².

E é por conta desse paradigma da exceção que Fico entende que, na ditadura iniciada em 1964, o objetivo dos Atos Institucionais não era reforçar os poderes legais do presidente ou, ainda, a normatização autoritária, mas sim estabelecer uma “moldura institucional” do regime²³. Diz Fico que os Atos e as “constituições seguintes foram expressões das tentativas de prevalência da dimensão excepcional e da dimensão institucional”²⁴ da ditadura militar. Fico justifica seu argumento com o fato de que a ditadura conviveu, de um lado, com dezessete Atos Institucionais e mais de cem Atos Complementares, e, de outro, com as Constituições de 1946 e 1967, além de várias Emendas Constitucionais, em especial a Emenda n. 1 de 1969²⁵. Ou seja, a ditadura conviveu, ao mesmo tempo, com a figura excepcional do AI e com instrumentos jurídicos de normalidade, como a Constituição de 1946 e a de 1967.

No entanto, não nos parece que essa interpretação dos AIs seja a mais adequada para compreender o papel desse instrumento na ditadura iniciada em 1964. A contradição que Carlos Fico apresenta, na verdade, não é uma contradição, justamente porque o AI não era apenas uma figura anômala e excepcional convivendo com uma Constituição democrática. O AI-1, ato autoritário, foi concebido teoricamente e colocado em um lugar de modo a ser totalmente compatível com o ordenamento jurídico iniciado com o golpe militar.

²⁰ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. *Revista Tempo e Argumento*, v. 9, n. 20, p. 60, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180309202017005/6755>. Acesso em: 3 dez. 2024.

²¹ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

²² FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

²³ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

²⁴ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

²⁵ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

Para Paixão, a dualidade entre os Atos Institucionais e as normas constitucionais tinha um objetivo claro: “manter aberta a possibilidade de decretar normas de exceção”²⁶, criando, assim, o que o autor chama de textura aberta da exceção²⁷, característica essa

que permitia ao regime utilizar, de modo seletivo, os instrumentos do ato institucional e da emenda constitucional para conservação – e aprofundamento – dos poderes do próprio regime. Ao transitar com grande liberdade entre ato institucional e norma constitucional, o regime reservou para si um espaço de grande liberdade, uma abertura constante. Era uma espécie de direito “quântico”, sempre passível de alteração, sempre disponível para a manipulação, sem nenhuma previsibilidade para os atores sociais e políticos²⁸.

E essa textura aberta da exceção foi muito utilizada pela ditadura militar, tanto que “entre maio de 1964 e novembro de 1966 foram editados 3 atos institucionais e foram promulgadas 15 emendas constitucionais”²⁹, produzindo “a multiplicação do jogo de ambiguidade – edição de atos institucionais que mantêm, seletivamente, o texto da Constituição de 1946, que é alterado em partes essenciais”³⁰. “E fica claro que *toda a normatividade do regime*, entre 1964 e 1977, foi dependente da prática de atos institucionais. Nenhuma emenda constitucional esteve desconectada da prática de algum desses atos”³¹.

A partir de 1964, a participação de juristas na ditadura foi uma constante. Em verdade, eles participaram da conspiração para o golpe, justamente preparando os documentos jurídicos do regime que seria instaurado. Não faltaram professores

²⁶ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD, v. 1, n. 1, p. 239, jul./ dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728>. Acesso em: 3 dez. 2024.

²⁷ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 239.

²⁸ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 239.

²⁹ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 234.

³⁰ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 234.

³¹ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 236.

de direito e juízes para produzir um discurso jurídico que legitimasse o estado de exceção implantado pelos militares com o golpe de Estado de 1964, dando-lhe a sua *legalidade*, o seu *direito* – uma legalidade autoritária, um direito autoritário³².

Pode-se dizer que a legitimação da ditadura militar no Brasil, por meio do direito, deu-se em dois aspectos. O *primeiro* ocorreu a partir da legitimação pelo discurso jurídico, na confecção das leis de exceção com os Atos Institucionais e Complementares, além da defesa dessa legislação em livros jurídicos e em decisões judiciais. Neste grupo, estavam professores e doutrinadores de direito constitucional, magistrados e promotores de justiça. O *segundo* se deu mediante apoio político ao golpe e à ditadura, fosse nos meios públicos de comunicação, nas salas de aula das faculdades de direito, fosse integrando a burocracia estatal da ditadura e viabilizando os intentos do Estado em vários espaços. Aqui figuram bacharéis em direito de diversas áreas e profissões jurídicas.

Os exemplos de juristas legitimadores do golpe de estado e da ditadura militar são muitos e a atuação vai além da redação dos Atos. Alfredo Buzaid, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, foi ministro da Justiça do general Emílio Garrastazu Médici, coordenador e autor de uma série de projetos de leis da ditadura, bem como autor do chamado *Livro da verdade*³³, no qual relatou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a inexistência de torturas e presos políticos no Brasil. Quando morreu, o obituário da Revista “Veja” descreveu Buzaid nos seguintes termos:

foi ministro da Justiça num período da vida nacional em que não havia justiça [...] executou com mão de ferro a censura prévia. [...] Negou publicamente a existência da tortura de presos políticos que corria solta nos porões da repressão política. Defensor do principal instrumento autoritário do regime militar, o ato Institucional n. 5, transformou-se no civil mais poderoso do governo³⁴.

³² TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 251.

³³ Sobre este livro, ver o capítulo: FICO, Carlos. Brasil: a transição inconclusa. In: FICO, Carlos; ARAUJO, Maria Paula; GRIN, Monica (org.). **Violência na história**: memória, trauma e reparação. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2012.

³⁴ VEJA, 17 jul. 1991, p. 83 *apud* KUSHNIR, Beatriz. De ordem superior... Os bilhetinhos da censura e os rostos das vozes. In: GOMES, Angela de Castro (org.). **Escrita de si, escrita da história**. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 359.

Nas faculdades, professores de direito constitucional ministraram aulas para justificar os AIs e a Constituição de 1967³⁵. Embora a ditadura fosse evidente, juristas legitimaram o regime, garantindo as bases dos AIs e justificando a ausência de direitos e garantias fundamentais em processos judiciais e administrativos movidos contra opositores, ignorando e ocultando torturas, desaparecimentos e mortes.

Na advocacia, igualmente, não faltaram apoiadores do golpe militar. Em 7 de abril de 1964, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB se reuniu e aprovou uma moção de apoio ao golpe que derrubou o Presidente João Goulart³⁶. A sessão foi presidida por Carlos Povina Cavalcanti, que, em 1968, passou a integrar a Comissão Geral de Investigações, criada pelo artigo 7º do AI-1 e depois reaberta pelo artigo 8º do AI-5, que cassou sumariamente direitos e garantias constitucionais de várias pessoas consideradas subversivas.

Não se perde de vista que, no âmbito jurídico, o apoio ao golpe e à ditadura militar não foi unânime. Ao contrário, a ditadura militar encontrou resistência³⁷ no meio jurídico³⁸. Inúmeros advogados assumiram a defesa de presos políticos e denunciaram a prática da tortura³⁹. Houve, ainda, juízes que disseram não às leis

³⁵ Nesse sentido, uma das obras mais emblemáticas é o livro: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972, no qual o autor tenta justificar juridicamente o Golpe Militar de 1964 e desenha o que pode ser compreendido como um conceito paradoxal de *democracia autoritária*.

³⁶ Sobre a atuação da OAB no Golpe, ver: MATTOS, Marco Aurélio Vanucchi Leme de. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Estudos Históricos**, v. 25, n. 49, p. 149-168, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/eh/a/ZgdzzYLKMSH5zcsfC6yXWS/?lang=pt>. Acesso em: 5 dez. 2024.

³⁷ De acordo com Marcelo Ridenti, o termo resistência “tende mais a um sentido defensivo que ofensivo, menos à ação que à reação: a ideia de oposição predomina sobre a de revolução. Assim, para usar o termo com propriedade a fim de pensar a resistência brasileira, importa mais o significado de combate à ditadura do que o de ofensiva revolucionária”. (RIDENTI, Marcelo. Resistência e mistificação da resistência armada contra a ditadura: armadilhas para pesquisadores. In: REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O golpe e a ditadura militar**: quarenta anos depois (1964-2004). Bauru: Edusc, 2004. p. 54).

³⁸ Vide: BUZZONI, Henrique D’Aragona (org.). **Arcadas**: no tempo da ditadura. São Paulo: Saraiva, 2007. Esta obra reúne 55 relatos de ex-alunos e ex-professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da USP, de 1960 a 1980, os quais deixam clara a permanente tensão política entre apoiadores e resistentes à ditadura militar naquela que foi uma das faculdades que mais emprestou seu conhecimento ao regime pós-1964 e, ao mesmo passo, abarcou importantes atos de resistência.

³⁹ Vide: MARTINS, Paulo Emílio Matos; MUNTEAL, Oswaldo; SÁ, Fernando (org.). **Os advogados e a ditadura de 1964**: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Vozes, 2010. Este livro reúne análises históricas a partir da biografia de 15 advogados e advogadas que se destacaram na defesa dos presos e perseguidos políticos no Brasil entre 1964-1985, dentre eles o anticomunista Sobral Pinto, Heleno Frago, o professor Dalmo Dallari e a advogada Eny Moreira. O texto também serviu como base para o documentário: OS ADOGADOS contra a ditadura: por uma questão de justiça. Dirigido por Silvío Tendler. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança

excepcionais e não aceitaram integrar tribunais do regime, como o caso dos ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada, que deixaram o Supremo por discordarem das aposentadorias compulsórias de seus pares com o AI-6. O ministro Adaucto Lúcio Costa, em 1971, após o STF declarar constitucional a Lei da Censura Prévia (Decreto-Lei n. 1.077), declarou seu voto vencido, retirou sua toga e a jogou sobre a cadeira, nunca mais retornando à Corte⁴⁰.

O AI, especificamente o primeiro, é obra de um desses juristas da ditadura militar: Francisco Campos. No âmbito daquilo que podemos chamar de *direito da ditadura*, o AI-1 foi figura de extrema importância para o regime, pois tinha como objetivo firmar o golpe como um poder constituinte ilimitado, alterando, assim, a Constituição de 1946 e dando maiores poderes ao chefe do Poder Executivo. Dentre os dezessete Atos Institucionais outorgados pela ditadura militar, os cinco primeiros Atos são centrais para a compreensão do direito dentro da lógica autoritária do regime.

Embora pudessem se valer indistintamente dos AIs, havia uma necessidade dos militares de institucionalizar o regime, de tal modo que era necessária uma nova Constituição para substituir a de 1946:

a busca da normalidade institucional do regime supunha a incorporação na Constituição de mecanismos rigorosos de controle da sociedade que tornassem desnecessários os atos institucionais que, apesar do seu nome, não eram capazes de institucionalizar, ao contrário, eram excepcionais, eram “revolucionários”, não permitindo a normalização do regime no sentido de sua juridicidade constitucional⁴¹.

Carlos Fico entende que a decretação do AI-2, AI-5 e AI-12, com este último impedindo a posse de Pedro Aleixo, foram “surtos revolucionários” dentro da ditadura, em uma contradição com as tentativas de institucionalizar o regime – ora tentavam institucionalizar, ou constitucionalizar, como quando da edição da Constituição de 1967, ora, segundo Fico, retornavam à “origem revolucionária” do regime, como em 13 de dezembro de 1968, com a edição do AI-5. Houve “surto

Pública, 2010. 1 vídeo (130 min). O filme faz parte do Projeto Marcas da Memória da Comissão de Anistia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fhRjxeFfBYM>. Acesso em: 5 dez. 2024.

⁴⁰ SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC. Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta; Verena Alberti; edição de texto: Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: FGV, 1997. p. 399-402.

⁴¹ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 58.

revolucionário”, mas em escala menor, em outros momentos, como na edição do AI-3, que fixou eleição indireta para governador de estado em 5 de fevereiro de 1966, ou com o AI-16, que fez alterações no STF, mudando competências e reduzindo o número de ministros novamente para 11⁴².

Segundo Carlos Fico,

a instituição das penas de banimento e de morte, pelos atos 13 e 14, em 5 de setembro de 1969, motivadas pelo sequestro do embaixador norte-americano, agrediam a tradição jurídica brasileira e também são expressão da matriz “revolucionária” do regime⁴³.

A legitimação pelo direito na experiência ditatorial de 1964 se deu logo de início com o esforço intelectual para arquitetar um discurso jurídico que fosse capaz de caracterizar o referido golpe como uma “revolução”. Dizia o Ato Institucional do golpe – que apenas posteriormente seria chamado de Ato Institucional n. 1 –, outorgado em 9 de abril de 1964, que:

é indispensável fixar o **conceito** do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. [...] 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 Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. (grifo nosso)

Diferente do que indica Carlos Fico, a origem “revolucionária” da ditadura não está no AI-5, mas, sim, no AI-1, que foi o Ato que deu a origem jurídica da ditadura militar no Brasil em 1964. Como dito, o AI-1 foi idealizado por Francisco Luís da Silva Campos, jurista mineiro e professor de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. O AI-1 foi redigido em coautoria com Carlos Medeiros da Silva, advogado mineiro membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 1964, conhecido como o “Robespierre mineiro”, que também foi um dos principais autores do anteprojeto da Constituição de 1967.

⁴² FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 58-59.

⁴³ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 59.

Na confecção do AI-1, Francisco Campos foi responsável pelo longo preâmbulo que colocava as diretrizes jurídicas do regime ditatorial, ao passo que Carlos Medeiros da Silva teria elaborado os artigos do Ato, conforme Francisco Rogério Madeira Pinto revela-nos:

Francisco Campos não teria levado mais que quarenta minutos para elaborar o preâmbulo do Ato Institucional e após ser questionado sobre o conteúdo do Ato, teria respondido com certo desdém: “desses detalhes o Carlos Medeiros pode cuidar...” (2014, p. 112). Pois bem, Medeiros era o jurista técnico especializado em construir instrumentos jurídicos para regimes autoritários, quando normas jurídicas precisavam ser criadas para justificar a quebra de uma ordem pretérita⁴⁴.

A partir do que indica a tese de Francisco Madeira Pinto, percebe-se que o trabalho intelectual de formular uma teoria constitucional – e uma teoria do direito – para justificar o novo regime ficou a cargo de Francisco Campos, à medida que o trabalho mais técnico, a redação dos artigos do AI-1, ficou sob responsabilidade de Carlos Medeiros.

Ainda em 1963, durante a conspiração contra o governo do Presidente João Goulart, o professor Vicente Rao, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e antigo ministro da justiça de Getúlio Vargas, chegou a redigir um projeto de Ato Institucional. No entanto, essa minuta apenas listava as medidas de emergência do futuro governo militar, não dispondo da complexidade teórica empregada por Francisco Campos em 1964 no AI-1⁴⁵.

Otávio Valério destaca a influência de Carl Schmitt, jurista reconhecido durante o período do Terceiro Reich, no pensamento de Francisco Campos e evidencia que tal doutrina constitucional aparece claramente no preâmbulo do AI-1 quando Campos diz que a “revolução” possuía poder constituinte originário⁴⁶.

⁴⁴ PINTO, Francisco Rogério Madeira. **A formação do pensamento jurídico–autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo**: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. 2018. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. f. 174. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/32510/1/2018_FranciscoRog%c3%a9rioMadeiraPinto.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

⁴⁵ SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura**: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2019. p. 30.

⁴⁶ VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. **A toga e a farda**: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969). 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. f. 203. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

Valério afirma que “para Schmitt, o poder constituinte é pura decisão, e tal decisão constitui única fonte de direito”⁴⁷ e argumenta que “a decisão dos militares de ‘drenar o bolsão comunista no governo’ investiu a Revolução no exercício do poder constituinte, legitimando-se por si mesma”⁴⁸.

De fato, para Carl Schmitt, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, na sua conhecida frase que abre a obra *Teologia Política*, de 1921⁴⁹. “O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”⁵⁰. Para o jurista alemão, em seu célebre debate com Hans Kelsen, ao presidente do *Reich* é a quem caberia essa decisão, sendo ele o “guardião da Constituição”⁵¹:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”⁵².

Carl Schmitt teve um papel importante no episódio conhecido como a “Noite das facas longas”, quando o então chanceler Adolf Hitler determinou o fuzilamento sumário de vários líderes da SA (*Sturmabteilung* ou, traduzindo, “Tropas de Assalto”, grupo paramilitar do Partido Nazista) entre 30 de junho e 2 de julho de 1934. À época, Schmitt foi chamado por Hitler para escrever um artigo defendendo a legalidade das execuções. Publicado em agosto daquele ano sob o título *O Führer protege o Direito*⁵³, Schmitt argumenta que a medida de exceção do chanceler foi necessária para proteger a emergência do Estado contra a ação de rebeldes, mantendo, assim,

⁴⁷ VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)*. f. 203.

⁴⁸ VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)*. f. 203.

⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

⁵⁰ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. p. 8.

⁵¹ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 207.

⁵² SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. p. 233.

⁵³ ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 105, p. 258, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p225>. Acesso em: 5 dez. 2024.

a Alemanha segura. Logo em seguida, em 3 de julho de 1934, o Parlamento Alemão aprovou a *Lei sobre Medidas de Legítima Defesa do Estado*, legalizando os fuzilamentos⁵⁴. Referida lei possuía apenas um artigo: “As medidas tomadas em 30 de junho e 1º e 2 de julho para a repressão de ataques de alta traição e traição do Estado são, na qualidade de defesa de emergência do Estado, legais”⁵⁵.

De acordo com Elio Gaspari, “Chico Ciência”, como era conhecido Francisco Campos, foi um dos precursores das ideias do jurista alemão Carl Schmitt no Brasil, “era um mineiro miúdo, autoritário, brilhante e extrovertido”⁵⁶. Em 7 de abril de 1964, Campos foi ao gabinete de Costa e Silva no Ministério da Guerra, junto com Carlos Medeiros, e, reunido com os militares, “captou neles uma vontade de praticar a violência política, inibida pelo escrúpulo de atropelar a Constituição. Agitado, andando de um lado para outro, atirou: ‘Os senhores estão perplexos diante do nada!’. E deu uma aula sobre a legalidade do poder revolucionário”⁵⁷.

Segundo Gaspari, essa frase “era o que eles precisavam ouvir”. Francisco Campos, “ali mesmo, numa folha de papel almaço, redigiu o preâmbulo do Ato Institucional. Mostraram-lhe a proposta mandada por Gallotti, e ele a julgou ‘obra de amanuense’”⁵⁸.

A partir disso,

O Ato Constitucional Provisório de Carlos Medeiros, ligeiramente modificado, transformou-se num Ato Institucional com onze artigos que expandia os poderes do Executivo, limitava os do Congresso e do Judiciário, e dava ao presidente sessenta dias de poder para cassar mandatos e cancelar direitos políticos por dez anos, bem como seis meses para demitir funcionários públicos civis e militares⁵⁹.

⁵⁴ SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*: seguido dos textos de Carl Schmitt “sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “o Führer protege o direito”. Tradução: Peter Naumann; revisão da tradução: Ronaldo Porto Macedo Jr. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2011. p. 177-182.

⁵⁵ SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. p. 177-182.

⁵⁶ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 124.

⁵⁷ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 124.

⁵⁸ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 124.

⁵⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 124-125.

Em que pese a inegável influência de Carl Schmitt no pensamento de Francisco Campos, não nos parece que a teoria decisionista do jurista alemão seja a base teórica do AI-1. Isso porque as medidas jurídicas da ditadura militar no Brasil não se resumiram a simples atos de vontade do poder soberano dos militares golpistas. Em outras palavras, os militares não editaram normas determinando a vontade do novo regime. Ao contrário, houve um esforço teórico de legitimação jurídica do golpe por meio do preâmbulo do AI-1 escrito por Francisco Campos. Não era, portanto, a mera vontade do soberano, mas, sim, uma espécie de novo fundamento de validade daquela nova ordem jurídica.

Carlos Medeiros da Silva, em entrevista ao jornal *O Globo*, poucos dias depois da edição do AI-1, assim justificou sua obra em parceria com Francisco Campos:

As medidas de ordem jurídica que o Ato consagra visam à aceleração do processo legislativo, quanto a possibilitar as reformas constitucionais e a elaboração das leis. Como o período será de menos de dois anos e as tarefas são urgentes e complexas, o Presidente da República passou a ter a iniciativa de reformas constitucionais e estabeleceu-se um método de elaboração de leis ordinárias mais condizente com as necessidades do momento⁶⁰.

Entendia Medeiros que o AI – ainda sem número – tinha a natureza de um instrumento constitucional, que buscava “o restabelecimento da ordem jurídica no país” e seria “uma lei constitucional temporária cuja vigência terminará um ano antes do período presidencial prorrogado”⁶¹. Madeira Pinto verifica que, para Carlos Medeiros, o AI não era uma novidade no Brasil, pois se tratava de um instituto com raízes na nossa “tradição política e jurídica”, um instrumento jurídico cujo fundamento “era transferir para o Executivo a competência legislativa”⁶², assim defendido pelo coautor novamente n’*O Globo* em outubro de 1964:

⁶⁰ SILVA, Carlos Medeiros da. Observações sobre o ato institucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 76, p. 474, 1964. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/25961>. Acesso em: 5 dez. 2024 *apud* PINTO, Francisco Rogério Madeira. *A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo*: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. f. 261.

⁶¹ SILVA, Carlos Medeiros da. Observações sobre o ato institucional *apud* PINTO, Francisco Rogério Madeira. *A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo*: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. f. 263.

⁶² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*: seguido dos textos de Carl Schmitt “sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “o Führer protege o direito”. Tradução: Ronaldo Porto Macedo Jr. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 263-264.

É notório que a função do governo se confunde cada vez mais com a legislação, disse eu em trabalho de cunho jurídico, a propósito da elaboração legislativa no Ato Institucional. Como já foi dito por ilustre jurista francês, “governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes; governar é dirigir a própria legislação; governar, em uma palavra, é legislar”. Procurei mostrar, logo após a publicação do Ato, que em todos os países democráticos, principalmente Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália, a eficiência do trabalho legislativo e a adoção de novas práticas para esse fim é a grande preocupação de seus estadistas. O Ato Institucional, a despeito de peculiaridades originais, encontra plena correspondência, neste particular, com aqueles modelos tradicionais de nossa formação política e jurídica. Mas no plano legislativo e da renovação dos institutos jurídicos muita coisa já poderia ter sido feita e não o foi, sendo amplos os horizontes ainda por atingir⁶³.

Embora entendesse que o AI era uma figura temporária, a concepção de Carlos Medeiros reforça a ideia de que esse instrumento não era simples ato de vontade do poder soberano, mas, sobretudo, um novo formato do ordenamento jurídico brasileiro.

Cristiano Paixão ressalta a centralidade do AI-1 durante toda a ditadura, bem como a ambiguidade permanente do regime, que utilizava duas figuras jurídicas, o Ato Institucional e a Emenda Constitucional. Quanto aos Atos Institucionais, o autor afirma que eram

particularmente significativos em relação à atitude do governo militar que se instalou em 1964. Em 9 de abril de 1964 era publicado o primeiro deles, que não fora originariamente numerado. Depois disso, com o aprofundamento do arbítrio do regime, novos atos viriam, e esse primeiro acabaria conhecido como AI-1⁶⁴.

O autor citado ressalta a participação de Francisco Campos na redação do preâmbulo do AI-1, lembrando que se tratava do “mesmo jurista que havia produzido o texto da Constituição de 1937”. Para ele, “é quando se manifesta, por meio da

⁶³ SILVA, Carlos Medeiros da. Observações sobre o ato institucional. p. 450 *apud* MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**: seguido dos textos de Carl Schmitt "sobre os três tipos do pensamento jurídico" e "o Führer protege o direito". p. 263.

⁶⁴ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria**: revista iberoamericana de filosofia, política y humanidades, v. 13, n. 26, 2011, p. 158, 2. sem. 2011. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1379/1259>. Acesso em: 3 dez. 2024.

história de um jurista, uma relação direta entre dois regimes autoritários: o Estado Novo e a ditadura militar⁶⁵.

No discurso jurídico dos Atos, afirma o autor, havia “um projeto constitucional autoritário”, já que “uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio⁶⁶. O discurso jurídico criado com o primeiro Ato, principalmente em seu preâmbulo, foi o fio condutor de todos os demais dezesseis Atos decretados entre 9 de abril de 1964 e 14 de outubro de 1969, de tal modo que “há um encadeamento entre os textos, que surge da prática de citação dos atos anteriores no ato então editado⁶⁷. Segundo ele, havia uma lógica muito evidente entre os dezessete Atos, começando com uma preocupação no Ato inicial quanto à “titularidade do poder constituinte e com a ‘força normativa’ que emana da ‘revolução’”, assim construída por Francisco Campos:

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 Constituinte. 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. [...] Destituído pela revolução, **só a esta cabe ditar as normas** e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os **instrumentos jurídicos** que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. (grifo nosso)

A parte do AI-1 que coube à tecnicidade de Carlos Medeiros começava, em seu art. 1º, afirmando a manutenção da Constituição de 1946 e das constituições estaduais “com as modificações constantes deste Ato”. Em seguida, definia a data de 11 de abril de 1964 para ocorrência da eleição indireta para presidente e vice-presidente

⁶⁵ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. p. 158.

⁶⁶ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. p. 158.

⁶⁷ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. p. 158.

da República, a ser realizada pelo Congresso Nacional, fixando o mandato até 31 de janeiro de 1966.

O art. 6º desse Ato alargava os poderes do presidente para decretar estado de sítio; já o art. 7º suspendia por 6 meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade de servidores públicos e parlamentares, ao passo que o parágrafo 1º desse artigo permitia, a partir de investigação sumária, demissão, dispensa, aposentadoria, reserva ou disponibilidade aos servidores, caso tivessem atentado “contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública”.

Essas medidas deveriam ocorrer por ato do Comando Supremo da Revolução até a posse do novo presidente, passando a este, depois, esse poder. No dia seguinte ao primeiro AI da ditadura, centenas de servidores civis e militares foram demitidos, postos em reserva ou aposentados, e vários parlamentares tiveram seus direitos políticos cassados e perderam seus mandatos. Muitos desses casos foram parar no STF, via mandado de segurança ou recurso extraordinário. Por conta disso, o art. 7º do Ato, que afastava a jurisdição, foi tema de embates entre os ministros do Supremo.

O Ato inicial afastou parcialmente a possibilidade de controle judicial dos atos governamentais ao determinar que “o controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de **formalidades extrínsecas**, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade”. Os Atos subsequentes afastaram totalmente a jurisdição, de tal modo que o Poder Judiciário, inclusive o STF, estava impedido de analisar quaisquer medidas da ditadura que tivessem nos Atos Institucionais o seu fundamento.

Subscrito pelo general Artur da Costa e Silva, pelo tenente brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e pelo vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, o AI-1 colocava no horizonte o breve retorno à democracia: o seu art. 9º prometia eleição presidencial direta em 3 de outubro de 1965. Como sabemos, isso não ocorreu.

No final de 1965, repetindo o 9 de abril de 1964, ocorreu um novo “surto revolucionário” com a edição do AI-2, o que, de acordo com Fico:

reabriu a temporada de punições em 27 de outubro de 1965, conferindo novamente a Castelo Branco poderes para cassar mandatos eletivos e suspender direitos políticos (justamente as excepcionalidades mais

importantes) até 15 de março de 1967, entre outros dispositivos. Não parece indevido caracterizar tais poderes como plenos: o presidente da República podia suspender os direitos políticos de qualquer cidadão⁶⁸.

Segundo Elio Gaspari,

O AI-2 mostrou a essência antidemocrática da moderação castelista. Derrotada nas urnas em 1946, 1950 e 1954, a direita militar vira-se diante de um dilema: a democracia com derrota ou a vitória sem ela. Durante os dias da crise militar que antecederam a recaída ditatorial, Castello nada fez para defender a ordem constitucional que presidia.

A narrativa do AI-1 permanece no AI-2⁶⁹, de 27 de outubro de 1965, subscrito por Castello Branco e por Costa e Silva, demonstrando o encadeamento lógico com o AI-1. Não por acaso o preâmbulo do AI-2 invoca o poder constituinte mencionado no Ato anterior:

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim **o seu Poder Constituinte não se exauriu**, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A **autolimitação** que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. (grifo nosso)

Cristiano Paixão observa que, “nos textos dos dois atos, é evidente a linha de raciocínio: por se tratar de um processo revolucionário, o movimento de março de 1964 teria a capacidade de moldar a forma constitucional”⁷⁰. E mais do que esse

⁶⁸ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 54-55.

⁶⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 240.

⁷⁰ PAIXÃO, Cristiano. *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*. p. 158.

encadeamento lógico do AI-1 para o AI-2, percebe-se a latência do poder constituinte em ambos. Isso demonstra que o AI não era, como induz Carlos Fico, um instrumento anômalo convivendo com uma Constituição democrática. O AI era, na verdade, a expressão do poder constituinte da ditadura, sendo que o AI-1 era o fundamento da expressão última e fundante desse poder.

O ex-presidente e conselheiro vitalício da OAB Nacional, Nehemias Gueiros, foi o responsável pelo texto final do AI-2, junto com Golbery do Couto e Silva:

Numa das noites de sua gestação, Golbery e o jurista Nehemias Gueiros, encarregado de colocar as ideias em linguagem legal, estavam trancados com o general Geisel em sua sala do palácio do Planalto, quando por fim concluíram a redação do preâmbulo e o entregaram ao coronel Moraes Rego para que fosse corretamente datilografado⁷¹.

O AI-2 é o primeiro dos Atos a falar sobre corrupção, um dos principais argumentos dos golpistas de 1964: “a Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e uni Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão”.

Há, ainda, um conceito de democracia no AI-2, balizado pela ideia de revolução advinda do preâmbulo do AI-1:

Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.

A Constituição de 1946 foi alterada pelo AI-2 em alguns pontos. A principal alteração ocorreu no art. 98 da Constituição por força do art. 6º do AI-2, que elevou de 11 para 16 o número de ministros do STF, em uma tentativa da ditadura de controlar a cúpula do Poder Judiciário a partir da nomeação de mais cinco ministros. Alterou-se o art. 105 da Constituição, com a organização da Justiça Federal e atribuindo ao presidente da República o poder de nomear os juízes federais mediante uma lista quántupla elaborada pelo STF.

⁷¹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 259.

O AI-2 reorganizou o Supremo Tribunal Militar – STM, no art. 7º, permitindo ao presidente da República nomear livremente os 10 membros militares e os 5 membros civis. Entretanto o mais grave desse Ato quanto ao STM foi o art. 8º, que mudou o art. 108 da Constituição de 1946 a fim de estender a competência militar para julgar civis “os casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”. A partir disso, o segundo Ato também alterou a Lei de Segurança Nacional – LSN, de 1953, passando à competência da Justiça Militar o julgamento dos crimes contra a ordem pública e social. De igual modo, passava para a competência do STM o julgamento dos governadores dos Estados, seus secretários e os conselheiros de justiça acusados de crimes da LSN.

Segundo Gaspari, a transferência dos processos políticos para a competência da Justiça Militar fez com que Castello Branco desse “o primeiro grande passo no processo de militarização da ordem política nacional”. Recorda Gaspari de uma intervenção do advogado Heleno Fragoso, “que já nessa época se tornara um sereno e constante defensor de presos políticos: ‘Sempre foi muito mais fácil aos tiranos perseguir os inimigos políticos, não mudando a lei, mas sim os juízes que deveriam julgá-los!’”⁷².

Com o objetivo de impedir a propaganda política de resistência e oposição ao regime, o AI-2 limitou a liberdade de expressão prevista na Constituição de 1946, no art. 141, que passou a ter como redação: “Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”.

4.1 Um Ato Institucional para outorgar uma Constituição: o AI-4

O AI-4, de 7 de dezembro de 1966, também contou com o saber jurídico de Carlos Medeiros e seguiu o encadeamento lógico iniciado pelo AI-1. O objetivo desse AI era, principalmente, convocar o Congresso Nacional – que desde 20 de outubro de 1966 estava em recesso por ato de Castello Branco – “para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967”, com o objetivo de discutir, votar e promulgar “o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”. Foi o AI responsável pela terceira Constituição outorgada na história constitucional brasileira.

⁷² GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 255.

O objetivo do AI-4 de colocar uma nova Constituição no país demonstra ainda mais a natureza diferenciada do AI-1, este como expressão do poder constituinte invocado pelos militares golpistas de 1964. Além disso, a intenção do AI-4 indica que o fundamento de validade da ordem jurídica inaugurada pelo golpe em 1964 era o AI-1, principalmente devido ao encadeamento lógico entre os Atos Institucionais.

Embora o AI-4 não cite expressamente o poder constituinte da “revolução”, o texto do seu preâmbulo demonstra que esse Ato vinha na mesma linha dos anteriores. Afirmava o AI-4 que se fazia necessária a “institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”, ao passo que apenas uma nova Constituição poderia “assegurar a continuidade da obra revolucionária”.

Antes de iniciar o ano de 1968 e todo o novo ciclo de repressão que se seguiu, os militares, já no apagar das luzes de 1966, perceberam que era necessário reafirmar as bases jurídicas do regime⁷³. Tornava-se preciso institucionalizar a “revolução”⁷⁴ ou, como queria o Serviço Nacional de Informações – SNI, “constitucionalizar o institucional” para demonstrar uma atmosfera de legitimidade e democracia perante a opinião internacional⁷⁵. Foi nesse contexto que surgiu o AI-4, o qual tinha como propósito a elaboração da Constituição da ditadura militar.

Assim, entre os dias 12 de dezembro de 1966 e 24 de janeiro de 1967, depois de cassados os deputados mais ativos da oposição, em 12 de outubro daquele mesmo ano, o Congresso Nacional extraordinariamente transformou-se em Assembleia Nacional Constituinte. Com a oposição abafada, os militares não teriam grande dificuldade para aprovar um texto constitucional centralizador e autoritário.

O AI-2 permitia ao Presidente da República, até o final de março de 1967, a edição de decretos-leis sobre segurança nacional⁷⁶. Para garantir a aprovação da nova Constituição sem ter que impor escancaradamente o texto, os militares se utilizaram de algo inexistente, segundo Bonavides e Paes: um Poder Constituinte Congressional, valendo-se da “mutilação do Legislativo que as cassações deformaram e mutilaram”. Bonavides e Paes⁷⁷ afirmam:

⁷³ SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura**: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. p. 54.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9 ed. Brasília: OAB, 2008. p. 435.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. p. 437.

⁷⁶ SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura**: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. p. 55.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. p. 436-437.

Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte. Isso porque os parlamentares além de não estarem investidos de faculdades constituintes, estavam também cerceados pelos atos institucionais. A coação ao trabalho dos parlamentares exercida pelos atos excepcionais impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta constitucional relativamente independente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, anos depois, em seus comentários, apresentaria uma justificativa que Castello Branco teria dado quanto à elaboração da Constituição de 1967 e à necessidade que a ditadura tinha de completar a *institucionalização* da “revolução”. Em uma solenidade de diplomação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, Castello Branco teria afirmado que “a Nação vinha há muito inquietada entre as alternativas inelutáveis da anarquia e da ditadura. E a revolução eliminou uma e evitou a outra. Por que não se completar agora a institucionalização da Revolução?”⁷⁸.

Independentemente se Castello Branco disse ou não as palavras citadas por Ferreira Filho, é certo que havia, desde abril de 1964, um desejo de institucionalizar a “revolução”, o qual fica expresso no preâmbulo do AI-1 e nos Atos subsequentes.

Depois de Castello Branco rejeitar o texto elaborado por uma comissão de juristas que ele próprio havia nomeado, a responsabilidade pelo texto final do projeto da Constituição de 1967 ficou a cargo de Carlos Medeiros Silva, a essa altura já nomeado ministro do STF pela ditadura. A escolha de um doutor em direito administrativo não foi por acaso, afinal, o regime necessitava de uma grande reforma administrativa, de modo a suprimir os conflitos da legislação ordinária com os desígnios “revolucionários”⁷⁹. Em outras palavras, para atingir os objetivos do golpe, eram necessárias profundas mudanças na burocracia do Estado.

O texto-base foi aprovado com poucas alterações pelos deputados e “promulgado” em 24 de janeiro de 1967. Passou a vigorar no dia 15 de março de 1967, introduzindo profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Depois da Constituição do Império, de 1824, e da Constituição do Estado Novo, de 1937, a

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*: Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas emendas constitucionais até a de n. 24, de 1-12-1983. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20.

⁷⁹ SARTOTI, Rodrigo. *Juristas e ditadura*: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. p. 60.

Constituição de 1967 foi a terceira a ser outorgada no Brasil, ou seja, imposta. Até então, apenas as Constituições de 1891, 1934 e 1946 haviam sido promulgadas, isto é, criadas por uma assembleia constituinte de caráter democrático. Segundo Bonavides e Paes, o Governo permaneceu no seu ritmo de arbítrio sobre o Congresso Nacional e fez o texto original de Carlos Medeiros Silva, então ministro da Justiça, prevalecer com pequenas modificações admitidas previamente em reuniões com as lideranças da Aliança Renovadora Nacional – ARENA no Senado e na Câmara⁸⁰.

Dentre as principais alterações impostas pelo novo texto constitucional, estava a concentração de poder decisório nas mãos do presidente da República, cabendo-lhe legislar exclusivamente sobre segurança nacional, inclusive estabelecer a pena de morte para crimes relacionados. A eleição para presidente estava consolidada na forma indireta, com mandato de cinco anos, bem como ficava ampliada a competência da Justiça Militar com relação aos civis⁸¹.

A nova Constituição implantou de maneira definitiva, na ordem constitucional, a reforma administrativa, que já vinha sendo preparada pelos militares desde 1964 com a chamada Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa. Entretanto, segundo Gilberto Bercovici, “a reforma administrativa proposta não seria debatida no Congresso Nacional, mas, com base nos poderes de exceção do artigo 9º, § 2º do AI-4, foi promulgada diretamente pelo marechal Castello Branco, por um Decreto-Lei, o de nº 200/1967”⁸².

O art. 173 da Constituição de 1967 determinava que estavam aprovados e excluídos da apreciação judicial todos “os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, inclusive aqueles baseados nos Atos Institucionais. Esse foi o ponto importante do debate entre os ministros do STF quando da análise de mandados de segurança e recursos contra atos ditatoriais baseados nos Atos, opondo, no Plenário da Corte, ministros da ditadura e ministros refratários ao regime.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. p. 440-441.

⁸¹ SARTOTI, Rodrigo. *Juristas e ditadura: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC*. p. 63.

⁸² BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 81-82.

A “lei constitucional” de 1967, conforme expressão usada no próprio AI-4, foi definida por Gustavo Capanema como “superpolaca”⁸³ e abriria um novo ciclo representivo, que se aprofundaria em 1968, aprofundando ainda mais a exceção brasileira.

4.2 O “livrinho” foi ignorado para criar o Ato Institucional n. 5

Findo o ano de 1967, a ditadura militar entrava no conturbado ano de 1968. As investidas contra o regime começam a ficar mais intensas, os estudantes tomaram as ruas protestando em várias cidades do país e greves eram declaradas em vários locais. O estudante secundarista Edson Luís de Lima Souto foi morto por um policial no Rio de Janeiro. Os relatos de torturas praticadas pelo regime se tornavam cada vez mais recorrentes. Em 26 de junho, também no Rio de Janeiro, ocorreu a Passeata dos Cem Mil.

“Costa e Silva reuniu o Conselho de Segurança Nacional em duas longas sessões”⁸⁴, transcorridos quinze dias da Passeata dos Cem Mil. De acordo com Gaspari, e a partir das atas dessas sessões, a ditadura estava encurralada, pois “via contra si os ventos do mundo, as vozes das passeatas, a imprensa, o Congresso, a Igreja, o Judiciário, os intelectuais e grupos econômicos”⁸⁵. Na primeira reunião, o então chefe do SNI, Emílio Garrastazu Médici, afirmou que o que se via nas ruas era “um movimento que tem um objetivo nítido, qual seja o de derrubar o governo revolucionário instalado em 1964, para posterior implantação da Revolução Socialista Brasileira”⁸⁶.

O ministro Gama e Silva, por sua vez, disse: “a contrarrevolução se encontra nas ruas. A contrarrevolução se encontra na imprensa. A contrarrevolução se encontra no meio estudantil. A contrarrevolução se encontra nos meios políticos”⁸⁷. E seguiu na defesa da adoção do estado de sítio, dizendo que

⁸³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil** p. 438.

⁸⁴ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 306.

⁸⁵ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 306.

⁸⁶ Arquivo Nacional, Conselho de Segurança Nacional *apud* GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 307.

⁸⁷ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 309.

se este não for suficiente, confesso, melancolicamente, mas como soldado de Vossa Excelência, que não vejo outro remédio senão retornarmos às origens da Revolução e, através de um Ato Adicional à atual Constituição, darmos ao Poder Executivo os meios necessários para salvar a Revolução Brasileira⁸⁸.

Costa e Silva, entretanto, desejava outra saída. “O presidente Dutra chamaria o ‘livrinho’. O ‘livrinho’ é a Constituição Brasileira. [...] Eu ainda creio muito na força da lei”⁸⁹.

O ministro de Relações Exteriores, Magalhães Pinto, chamou a atenção dos presentes, conclamando-os a examinar com cuidado a situação, pois, segundo ele, após 31 de março de 1964, o regime passou a viver o que chamou de “certa confusão”, haja vista que “inicialmente, restauramos a Constituição, depois fizemos outra Constituição e falamos ora em legalidade, ora em revolução”⁹⁰. Essa fala de Magalhães Pinto demonstra aquela dicotomia (ou ambiguidade) entre normalidade e excepcionalidade, própria da ditadura militar brasileira, mencionada por Carlos Fico⁹¹. A ditadura continuava tentando equacionar esse problema jurídico-político.

O ministro do Trabalho, Jarbas Passarinho, foi ao encontro de Costa e Silva e defendeu uma saída “dentro do livrinho”, com o estado de sítio. Disse que não deveriam “desperdiçar um tiro de canhão num alvo que merece apenas um tiro de fuzil. Vemos a palavra ditadura escrita todos os dias, com todas as letras, como se vivêssemos realmente uma ditadura, dando até vontade de fazê-la. Há esse ônus que todos nós sofremos”⁹².

“Marcaram uma reunião para a sexta-feira seguinte”⁹³, na qual assim se manifestou Costa e Silva: “Nós estamos aqui justamente para decidir se o momento impõe medida de exceção ou não. Eu quero que cada ministro dê seu parecer rápido,

⁸⁸ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 309.

⁸⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 309.

⁹⁰ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 309.

⁹¹ FICO, Carlos. *Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas*. p. 60.

⁹² GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 310.

⁹³ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 310.

opinando pelo sim ou pelo não⁹⁴. Pedro Aleixo, vice-presidente, defendeu o estado de sítio, colocando-se contra a proposta dura de Gama e Silva, que, no seu entendimento, era um retrocesso⁹⁵ e continuou:

Parece-me de necessidade premente, se cogitasse, desde logo [...] uma preparação prévia da execução do sítio. [...] A ocupação de todos os jornais por um corpo de censores, as providências contra o rádio, a televisão e assim por diante, dando uma demonstração de força do governo, que, por serem feitas com a devida eficiência, pudessem durar pouco [...]. Teríamos, talvez, que invocar um pouco os exemplos do Estado Novo, como foi que ele se preparou etc.⁹⁶.

Para Elio Gaspari, “a proposta de Pedro Aleixo embutia um cenário violento, porém ordenado. Não poderia haver estado de sítio sem censura, nem censura sem censores⁹⁷”. Para o autor, “o estado de sítio defendido por Pedro Aleixo manteria o país na ordem constitucional. O Ato Institucional proposto por Gama e Silva e insinuado por outros membros do Conselho de Segurança, não⁹⁸”.

Costa e Silva encerrou a reunião do Conselho afirmando que “a ditadura jamais será uma solução para o Brasil. [...] Eu entendo, como revolucionário, que qualquer ato fora da Constituição, no momento, será uma precipitação⁹⁹”. Optaram pelo “livrinho”, mas não por muito tempo.

Em agosto daquele ano, em Brasília, ocorreu mais uma violenta invasão da Universidade de Brasília – UnB pelos militares, com uma série de prisões de estudantes e professores. Um estudante, Waldemar Alves da Silva, foi alvejado na cabeça durante essa invasão¹⁰⁰. Em decorrência desse fato, o deputado federal Márcio Moreira Alves, da Guanabara¹⁰¹, foi à tribuna da Câmara chamar os militares de “algozes dos

⁹⁴ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 310.

⁹⁵ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 311.

⁹⁶ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 311.

⁹⁷ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 311.

⁹⁸ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 312.

⁹⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 312.

¹⁰⁰ RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 125.

¹⁰¹ A Guanabara, nessa época, era um Estado localizado no território correspondente hoje ao município do Rio de Janeiro. O Estado da Guanabara foi fundado em 1960 e dissolvido em 1975.

estudantes”, acusando o Ministério do Exército de promover torturadores¹⁰². “Quando o Exército não será um valhacouto de torturadores?”¹⁰³, perguntou da tribuna. Em seu discurso, proferido no início de setembro de 1968, Moreira Alves ainda disse:

Este é também o momento do boicote. As mães brasileiras já se manifestaram. Todas as classes sociais clamam por este repúdio à polícia. No entanto, isto não basta. É preciso que se estabeleça, sobretudo por parte das mulheres, como já começou a se estabelecer nesta Casa, por parte das mulheres parlamentares da Arena, o boicote ao militarismo¹⁰⁴.

E acabou por conclamar “‘as moças’ que ‘dançam’ com cadetes e namoram jovens oficiais” a se recusarem a recebê-los¹⁰⁵. O discurso do deputado causou a ira dos militares, que passaram a querer a sua cassação. Por conta da imunidade parlamentar de Moreira Alves, coube ao então ministro da Justiça, Luís Antônio da Gama e Silva, requerer à Câmara a licença para que o deputado fosse processado judicialmente no STF. Entretanto, em 12 de dezembro de 1968, o requerimento foi negado em uma votação que teve 216 votos contrários ao pedido da ditadura, 141 votos favoráveis e 15 abstenções¹⁰⁶.

A resposta dos militares veio no dia seguinte. Naquela sexta-feira, 13 de dezembro de 1968, foi decretado o Ato Institucional n. 5, redigido pelo ministro Gama e Silva, também professor da Faculdade de Direito da USP. O AI-5 aprofundou e radicalizou violentamente o estado de exceção no Brasil.

Naquele 13 de dezembro de 1968, ao final da tarde, no Palácio das Laranjeiras no Rio de Janeiro, reuniu-se o Conselho Nacional de Segurança, com todos os ministros do governo ditatorial. Estavam sentados em volta de uma mesa na biblioteca¹⁰⁷. A ata e o áudio¹⁰⁸ dessa fatídica reunião se tornaram públicos em 2009.

¹⁰² RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. p. 125.

¹⁰³ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 316.

¹⁰⁴ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 316.

¹⁰⁵ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. p. 126.

¹⁰⁶ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. p. 126-141.

¹⁰⁷ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. p. 335.

¹⁰⁸ ÁUDIO da reunião do Conselho de Segurança Nacional, realizado em 13 de dezembro de 1968, em que foi discutido o Ato Institucional 5 – AI5. São Leopoldo, RS: Instituto Humanitas Unisinos, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Acesso em: 10 jan. 2024.

Costa e Silva abriu a sessão do Conselho dizendo:

Meus senhores, eu convoquei o Conselho de Segurança Nacional que é o órgão consultivo da Presidência da República, para colocá-los a par de **problemas de muita gravidade**, que devem ser equacionados e resolvidos com a maior tranqüilidade de espírito e a maior isenção de ânimo. O presidente da República, que se considera ainda **um legítimo representante da Revolução de 31 de março de 1964**, vê-se em um **momento dramático**, em que tem de tomar uma decisão optativa: **ou a Revolução continua ou a Revolução se desagrega**¹⁰⁹. (grifo nosso)

Leu a minuta do AI-5 escrita por Gama e Silva, foi aplaudido pelos presentes e, em seguida, falou o vice-presidente, Pedro Aleixo, defendendo novamente a adoção do estado de sítio nos termos da Constituição de 1967, que seria, então, suspensa por essa medida de ordem constitucional¹¹⁰. Aleixo se colocou contra o Ato Institucional que acabara de ser lido pelo presidente Costa e Silva:

Acrescento, senhor presidente, que **da leitura que fiz do Ato Institucional, cheguei à sincera conclusão de que, o que menos se faz nele é resguardar a Constituição** que no seu artigo 1º declaro-me preservada. Eu estaria faltando um dever comigo mesmo se não emitisse, com sinceridade, esta opinião. **Da Constituição**, que é, antes de tudo, um instrumento de garantia dos direitos da pessoa humana e da garantia de direitos políticos, **não sobra nos artigos posteriores, absolutamente nada que possa ser realmente apreciada como uma caracterização do regime democrático**¹¹¹. (grifo nosso)

E finalizou:

Todo Ato Institucional, portanto, com este nome ou com qualquer outro, que implique a modificação da Constituição existente é, realmente, um ato revolucionário. Caso se torne necessário fazer essa revolução, é uma matéria que poderá ser debatida e acredito, até, que se

¹⁰⁹ ATA da quadragésima terceira sessão do Conselho de Segurança Nacional. 1968: Ato Institucional n. 5: a reunião, c2008. Site a fim de recordar os 40 anos da instauração do Ato Institucional n. 5. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2024.

¹¹⁰ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 335.

¹¹¹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 335.

possa demonstrar que essa necessidade existe. Mas, o que me parece, é que nós não estamos realmente, cumprindo uma Constituição quando a declaramos existente, tão somente, para que dela fiquem fragmentos, trechos que não têm, efetivamente, a capacidade de dar vida às instituições democráticas¹¹².

Observa Gaspari que, nessa sessão, embora o vice-presidente tenha concluído apresentando sua discordância, “em nenhum momento Pedro Aleixo disse diretamente que condenava a promulgação do Ato. O bacharel denunciou a ditadura, mas nela se manteve vice-presidente”¹¹³. Entretanto, ao que indicam a ata e os áudios da reunião, fica evidente a posição contrária. Uma posição mais contundente contra o quinto Ato poderia gerar graves consequência a Pedro Aleixo, que, até o momento, era o único civil no alto escalão do regime. Essa moderação, por outro lado, não foi suficiente para garantir a futura posse do vice no cargo de presidente da República.

Sobreveio a manifestação do almirante Augusto Rademaker, ministro da Marinha, que discordou do vice-presidente e pediu repressão:

Eu acho que nós estamos vivendo uma situação de fato, nós não temos que debater juridicamente, legalmente ou constitucionalmente a questão, porquanto, lá no Congresso, os atos que se passaram não foram apenas, de palavras, foram de ofensas a uma instituição, não de ofensas a uma pessoa. A instituição da democracia, creio, não fica defendida assim e os meios de repressão não têm defesa nesta Constituição. [...] Eu julgo que por essa situação o que se tem que fazer é realmente uma repressão, acabar com estas situações que podem levar o país, não a uma crise, mas a um caos do qual não sairemos. É oportuno portanto, fazer qualquer Ato Institucional como este, e o recesso é que vai dar valor, justamente, a esta repressão¹¹⁴.

Após, falou Lyra Tavares, ministro do Exército, para quem não havia “dentro da Constituição a harmonia de poderes para salvar a nação”. Foi seguido do ministro das Relações Exteriores, Magalhães Pinto, que se manifestou afirmando:

¹¹² GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 335.

¹¹³ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 337.

¹¹⁴ Todas as citações dessa reunião foram extraídas da ATA da quadragésima terceira sessão do Conselho de Segurança Nacional.

Eu também confesso, como o vice-presidente da República, que realmente **com este Ato nós estamos instituindo uma ditadura. Acho que se ela é necessária, devemos tomar as responsabilidades de fazê-la.** Eu não conheço, bem dentro do mecanismo constitucional, comparando os textos, se o que resta caracteriza mesmo essa ditadura. [...] Então, no meu entender, senhor presidente, devemos fazer um Ato Institucional que resguarde a obra revolucionária, procurando-se colocar nele, apenas, o essencial. Eu confesso a vossa excelência que, naturalmente, um debate privado entre os elementos que redigiram o Ato com aqueles que possam dar uma contribuição jurídica, seria útil, porque **devemos elaborar um documento o mais jurídico possível** e que simultaneamente, resguarde o máximo possível, os direitos dos cidadãos. (grifo nosso)

Veio a intervenção do ministro Delfim Neto, da Fazenda, que concordou com o Ato proposto:

eu estou plenamente de acordo com a proposição que está sendo analisada neste Conselho. Se vossa excelência me permitir, **direi mesmo que creio que ela não é suficiente.** Acredito que deveríamos atentar que deveríamos dar a vossa excelência, senhor presidente da República, a **possibilidade de realizar certas mudanças constitucionais**, que são absolutamente necessárias para que este país possa realizar o seu desenvolvimento com maior rapidez. Eram essas as considerações que eu gostaria de fazer. (grifo nosso)

O ministro dos Transportes, coronel Mario David Andreatza, foi muito breve: “Senhor presidente, senhores membros do Conselho de Segurança Nacional. Estou de pleno acordo com a proposição feita, porque acho que, no momento, há uma contestação ao processo revolucionário”.

Após, falou o ministro da Agricultura, Ivo Arzua, em longuíssimo, confuso e enfadonho voto:

Acredito, pois, sinceramente, que devemos ir mais longe, não parando neste Ato Adicional, para cuja promulgação eu já havia votado favoravelmente em sessão deste Conselho de 16.7.68. Ele seria apenas o verdadeiro início de uma **nova república**, permitido: a) a dissolução do Congresso Nacional; b) a convocação de novas eleições, com prazo definido; c) a constituição de autênticos partidos aglutinados em torno

de princípios filosóficos e programáticos; d) a convocação de uma nova Constituinte; e) a elaboração e discussão de uma nova e autêntica Constituição, dando lugar ao surgimento do verdadeiro Estado brasileiro. (grifo nosso)

Falou, então, Jarbas Passarinho, ministro do Trabalho, que proferiu uma das mais conhecidas frases dessa reunião, tão enfática que nem sequer consta da ata, apenas se ouve no áudio da reunião:

Sei que a Vossa Excelência repugna, como a mim, e creio que a todos os membros deste conselho, enveredar para o caminho da ditadura pura e simples, mas parece que claramente é esta que está diante de nós. Eu seria menos cauteloso do que o próprio ministro das Relações Exteriores, quando diz que não sabe se o que restou caracterizaria a nossa ordem jurídica como não sendo ditatorial, eu admitiria que ela é ditatorial. Mas, **às favas, senhor presidente, neste momento, todos, todos os escrúpulos de consciência.** (grifo nosso)

O general Medici, chefe do SNI, aprovou o Ato sem delongas: “Eu me sinto perfeitamente a vontade senhor presidente, e porque não dizer, com bastante satisfação, em dar o meu aprovo ao documento que me foi apresentado”.

Em seguida, manifestou-se o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, general Orlando Geisel, assim constando da ata:

Se não tomarmos, neste momento, esta medida que está sendo aventada, amanhã vamos apanhar na carne, senhor presidente. Desejaria, apenas, que se fizesse um adendo neste projeto, é o adendo já preconizado por sua excelência o ministro da Fazenda e apoiado pelo excelentíssimo senhor ministro do Interior. Que se facultasse ao presidente a possibilidade de modificar a Constituição, nos pontos em que fossem necessários. É esse o meu parecer senhor presidente.

No áudio, entretanto, ouve-se “cara” ao invés de “carne”: “Se não tomarmos, neste momento, esta medida que está sendo aventada, amanhã vamos apanhar na cara, senhor presidente”¹¹⁵.

¹¹⁵ TRANSCRIÇÃO [da 43ª sessão do Conselho de Segurança Nacional]. 1968: Ato Institucional n. 5: a reunião, c2008. Site a fim de recordar os 40 anos da instauração do Ato Institucional n. 5. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

O almirante de esquadra Adalberto de Barros Nunes, chefe do Estado-Maior da Armada, e o general do Exército Adalberto Pereira dos Santos, chefe do Estado-Maior do Exército, foram brevíssimos e concordaram com o Ato Institucional.

O chefe do Estado-Maior da Aeronáutica, tenente-brigadeiro Carlos Alberto Huet de Oliveira Sampaio, assim se posicionou a favor do Ato:

Henrique Pongeti, disse certa vez, analisando a Revolução de março de 1964, que era preciso lembrar não ser indicado passar pomada em um ferimento onde a amputação fosse indicada, como também não pensar na amputação onde a pomada fosse remédio. **Creio viemos o caso da amputação e não o de passar pomada.** Considero, um suicídio aceitarmos a situação tal qual ela se apresenta agora, para demonstrarmos o nosso respeito à democracia. Se não houver qualquer medida que proteja o regime, em pouco a nação será envolvida pelos atos de subversão, que cada vez mais vão se avolumando, até que correrá o risco o próprio regime pela impossibilidade de se frear a aceleração da contra-revolução. **Se não há como aceitar juridicamente o Ato Institucional, poder-se-ia dar ao mesmo o caráter revolucionário e, nesse caso, o fechamento puro e simples do Congresso seria válido.** Seria válido também, a reformulação do Poder Judiciário, onde pontificam ainda juízes do governo deposto em março de 1964. A medida aqui proposta não é tão drástica, julgo-a, portanto, necessária e indispensável de ser tomada, sem perda de tempo. Era o que eu tinha a dizer. (grifo nosso)

O chefe de gabinete da Casa Civil concordou com o Ato, mas propôs que se colocasse um prazo no recesso do Congresso Nacional. Em seguida, manifestou-se o secretário-geral do Conselho de Segurança Nacional, Jayme Portella: “sou plenamente pela assinatura da proposição que nos é apresentada”.

Terminados os pareceres dos membros do Conselho, Costa e Silva se manifestou passando a palavra a Gama e Silva, que rebateu os argumentos de Pedro Aleixo:

Vossa Excelência observou, reiteradamente, que o ato... a minuta de Ato Institucional apresentada à apreciação deste conselho praticamente nada deixa da Constituição. Mais uma vez lamento divergir de Vossa Excelência, porque, lendo-se o ato, até mesmo na matéria do estado de sítio, os preceitos constitucionais são respeitados. Há um sem número de normas da própria Constituição que são mantidos. Fala Vossa

Excelência que estabelece-se uma ditadura. Também não acredito que se estabeleça uma ditadura, porque não se dá a Sua Excelência o senhor presidente da República um poder discricionário que é a nota qualitativa dos regimes ditatoriais. Investe-se, Sua Excelência, de poderes necessários, que, por assim dizer, se tornaram tradicionais, apesar de tão curtos os prazos em que nasceram, na revolução de março de 1964.

De acordo com o autor da minuta do AI-5, a Constituição de 1967 já não respondia mais às necessidades “revolucionárias”:

A subversão que surgiu nos mais variados setores infelizmente atingiu também o Congresso Nacional. O que não posso entender senão como ato de autêntica subversão contra o regime o comportamento da Câmara dos Deputados em particular do Partido que deveria apoiar o governo, e que se quis até chamar de “Partido da Revolução” na apreciação de um pedido de licença para processar um dos seus pares.

O ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco explicou que sua minuta do AI-5 era um texto que, “sem as limitações constitucionais”, permitia ao “presidente da República fazer emendas à Constituição, menos aquelas que pudessem, virtualmente, atentar contra a Federação e a República, repetindo um princípio tradicional que vem desde a Constituição de 1891. Estamos de inteiro acordo com essa sugestão”.

Após rebater algumas outras colocações feitas pelos presentes à sessão, Gama e Silva devolveu a palavra a Costa e Silva, que encerrou a reunião decidindo pela aprovação do AI-5:

Eu considero que o momento é grave, mas ainda não desesperador para a nação. E por isso mesmo, devemos lançar mão dos remédios que podem ainda recuperar o organismo nacional. [...] Mas também exige, após a reflexão, uma decisão. **A decisão está tomada** e é proposta ao conselho de segurança nacional para ampla discussão, para a ampla opinião de cada um. Porque eu não desprezo o conselho do Conselho de Segurança Nacional.

“Durante a reunião falou-se dezenove vezes nas virtudes da democracia, e treze vezes pronunciou-se pejorativamente a palavra *ditadura*. Quando as portas da sala se abriram, era noite. Duraria dez anos e dezoito dias”¹¹⁶.

As referências à democracia e à ditadura, feitas pelos membros do Conselho nessa reunião, demonstram, por um lado, o papel do Ato Institucional e, por outro, a concepção de direito que imperava na ditadura. Estava presente nessa reunião aquilo que Carlos Fico chamou de “utopia autoritária” dos militares. Para todos os efeitos, vivia-se em um estado de direito: autoritário, sim, mas, segundo o regime, um estado de direito, e a figura do AI se fazia necessária para dar o encadeamento lógico daquela ordem jurídica e, ao fim, legitimá-la.

Naquela mesma noite, no Palácio das Laranjeiras, Gama e Silva posaria sentado em uma mesa estilo Luís XIV, à esquerda de Augusto Curi, locutor da Rádio Tupi do Rio de Janeiro, para leitura do AI-5 em cadeia nacional. Na manhã seguinte, jornais de todo o país noticiavam o novo Ato. O canto superior esquerdo do *Jornal do Brasil* trazia um pequeno detalhe “meteorológico” que dizia: “Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por ventos fortes. Máx.: 38°, em Brasília. Min.: 5°, nas Laranjeiras”. A ditadura entrava em um novo momento, aprofundando a repressão e a violência desmedida perpetrada pelo Estado. Iniciava-se, ali, um ciclo de censura, mortes, desaparecimentos, exílio e tortura.

Embora tenha sido o AI mais violento de todos, esse quinto Ato da ditadura, conforme ficará mais evidente no último tópico deste artigo, não inaugurou o período de exceção e muito menos passou a ser a norma mais elevada do ordenamento jurídico. O AI-5 era mais uma peça da engenhosa figura jurídica criada por Francisco Campus no preâmbulo do primeiro Ato.

4.3 O encadeamento lógico entre os Atos Institucionais e a “legalidade autoritária” da ditadura

Seguindo o encadeamento lógico entre os Atos, o preâmbulo do AI-5 citava expressamente o AI-1, AI-2 e AI-4, bem como mantinha a figura do Ato Institucional acima da Constituição de 1967, que, como visto na sessão do Conselho de Segurança Nacional, já não atendia mais às necessidades da ditadura.

¹¹⁶ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada: as ilusões armadas*. p. 342.

O AI-5 dava superpoderes ao presidente da República, dentre eles: (i) fechar o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores por tempo indeterminado (art. 1º); (ii) intervir nos estados e municípios ilimitadamente (art. 3º); (iii) suspender, sem qualquer limitação, os direitos políticos de quaisquer cidadãos por 10 anos (art. 4º); (iv) cassar mandatos de deputados, senadores e vereadores sem qualquer limitação (art. 4º); (v) decretar demissão, remoção, disponibilidade ou aposentadoria de quaisquer servidores públicos, inclusive juízes, promotores e militares (art. 6º, § 1º); (vi) decretar estado de sítio quase ilimitadamente (art. 7º); (vii) confiscar bens de servidores públicos sob investigação (art. 8º); (viii) decretar a suspensão da liberdade de reunião e de associação (art. 9º); e (ix) violar correspondências e censurar a imprensa (art. 9º).

Também suspendeu o direito de *habeas corpus* (art. 10) e mantinha o afastamento da jurisdição, impedindo o Poder Judiciário de apreciar as medidas tomadas com base no novo Ato e nos Atos Complementares (art. 11). Além disso, o AI-5 permitia que todas as funções do Poder Legislativo fossem usurpadas pelos respectivos chefes do Executivo – lembrando que os governadores e prefeitos das capitais eram eleitos indiretamente após indicação direta da ditadura, por força do AI-3.

Gaspari considera que a suspensão do *habeas corpus* foi “a pior das marcas ditatoriais do Ato, aquela que haveria de ferir toda uma geração de brasileiros”. O autor diz que, nesse dispositivo do AI-5, “estava atendida a reivindicação da máquina repressiva”¹¹⁷ e lembra que

o *habeas corpus* é um inocente princípio do direito, pelo qual desde o alvorecer do segundo milênio se reconhecia ao indivíduo a capacidade de livrar-se da coação ilegal do Estado. Toda vez que a Justiça concedia o *habeas corpus* a um suspeito, isso significava apenas que ele era vítima de perseguição inepta, mas desde os primeiros dias de 1964 esse instituto foi visto como um túnel por onde escapavam os inimigos do regime. Três meses depois da edição do AI-5, estabeleceu-se que os encarregados de inquéritos políticos podiam prender quaisquer cidadãos por sessenta dias, dez dos quais em regime de incomunicabilidade. Em termos práticos, esses prazos destinavam-se a favorecer o trabalho dos torturadores. Os dez dias de incomunicabilidade vinham a ser o dobro do tempo que a Coroa portuguesa permitia pelo alvará de 1705. Estava montado o cenário para os crimes da ditadura¹¹⁸.

¹¹⁷ GASPARI, Elio. A *ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 342.

¹¹⁸ GASPARI, Elio. A *ditadura escancarada*: as ilusões armadas. p. 342-343.

Em termos de continuidade do aparato jurídico da ditadura, o Ato seguia o encadeamento lógico dos predecessores. Cristiano Paixão observa que o preâmbulo do AI-5 se reconhece como uma verdadeira regra de exceção quando afirma textualmente que

atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la.

Para Gama e Silva, autor do AI-5, “as normas jurídicas não são suficientes, por si só, para proteger a ‘revolução’ de seus opositores”¹¹⁹. Seria necessário, por isso,

o aprofundamento da exceção, a retirada de direitos, sob a forma da supressão do espaço para o exercício das liberdades públicas, a possibilidade de fechamento do Legislativo, a intervenção federal, a suspensão das garantias constitucionais da magistratura e outras formas de arbítrio que o regime militar soube desenvolver com enorme criatividade¹²⁰.

Percebe-se que Paixão interpreta o AI-5 como um aprofundamento da exceção, uma intensificação da ditadura, reforçando a ideia de que havia um raciocínio lógico-jurídico entre os Atos. Os Atos, na leitura isolada de Carlos Fico, não foram “surto revolucionários” dentro da ditadura, em uma contradição com as tentativas de institucionalizar o regime. A figura jurídica do AI era, na verdade, a própria institucionalização da ditadura, objetivo este expresso literalmente desde o AI-1. E, desafiando a teoria kelseniana do direito, operava o AI-1, especificamente, como o fundamento final de toda a ordem jurídica da ditadura militar, englobando tanto a produção de leis autoritárias da própria ditadura quanto recepcionando a legislação anterior a 1º de abril de 1964, data do golpe.

¹¹⁹ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. p. 159.

¹²⁰ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. p. 159.

Mesmo se colocando acima da Constituição de 1967, não há como ler o AI-5 individualmente como expressão do poder constituinte da ditadura. Na verdade, o AI-5 é uma decorrência lógico-jurídica do AI-1 e um aprofundamento do poder da ditadura. A exceção da ditadura militar no Brasil começa em abril de 1964 com a edição do AI-1 e se intensifica com o AI-5.

Em 1977, Carlos Ayres Britto, então Professor de Direito e advogado em Aracaju, publicou, na Revista da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro, um artigo intitulado *O problema da vigência dos atos complementares à edição do AI-5*, no qual defende a juridicidade do AI-5 e sua harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro. No artigo, Ayres Britto concorda com a tese defendida por João de Oliveira Filho, reconhecendo que se está diante de um ato revolucionário o qual, apesar de autoritário, não é arbitrário nem se desconfigura como um estado de direito¹²¹. Segundo Ayres Britto, o ordenamento jurídico brasileiro, à época, era formado por dois conjuntos de normas, um compreendendo as normas ordinárias derivadas da Constituição e dela retirando a validade, e outro que englobava as regras legislativas e judiciais derivadas do AI-5 e que se legitimavam como expressões jurídicas da “revolução” de 31 de março de 1964¹²².

De acordo com Ayres Britto, o AI-5 derogou a Constituição de 1967 como um todo, muito embora a tenha mantido em vários artigos, já que derogou as normas constitucionais com ele incompatíveis. De acordo com o futuro ministro do STF na era democrática, o AI-5 se tornou o documento chancelador da Constituição de 1967, tornando-se a referência de vigência e legitimidade das normas constitucionais¹²³. Entretanto, argumenta que, após a Emenda n. 1 de 1969, o AI-5 foi rebaixado na hierarquia das normas, visto que passou a ter sua validade referida na Emenda. No entanto, tratou-se de um rebaixamento apenas técnico e formal, pois, segundo o autor, o AI-5 permaneceu substancialmente em superioridade à Constituição de 1967, mesmo com a Emenda n. 1¹²⁴.

¹²¹ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, n. 32, p. 1, 1977.

¹²² BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. p. 4.

¹²³ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. p. 5.

¹²⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. p. 6-7.

Essa dicotomia entre normalidade e excepcionalidade foi uma constante na ditadura, do início ao fim, mas não se tratou de uma contradição. Isso porque, segundo Anthony Pereira, “é muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes *de facto* e regimes constitucionais”¹²⁵. E a isso Anthony Pereira dá o nome de “legalidade autoritária”, um verdadeiro “enigma”¹²⁶ em suas palavras.

Buscando compreender o que chama de “enigma da legalidade autoritária”, Anthony Pereira sugere que “é vantajoso para os regimes autoritários legitimar seu poder com algum grau de embasamento legal”¹²⁷. Para o autor,

os regimes autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais dignos de confiança – tribunais civis ou militares cujos veredictos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário¹²⁸.

Pereira acredita que a pouca justiça na transição da ditadura para a democracia no Brasil deve-se, em boa medida, ao fato de que a

sua legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação de uma boa parcela dos sistemas estabelecidos, tanto Judiciários quanto militares, que continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia. O Brasil, portanto, não teve que passar pela reação reformista que ocorreu na Argentina e no Chile, onde coalizões com significativo apoio político conseguiram derrubar aspectos importantes da legalidade autoritária e reformar as forças armadas ou o Judiciário, ou ambos¹²⁹.

¹²⁵ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 36.

¹²⁶ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. p. 284-285.

¹²⁷ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. p. 284.

¹²⁸ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. p. 285.

¹²⁹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. p. 290.

Anthony Pereira entende que a “distinção clássica entre democracias constitucionais *de jure* e regimes autoritários *de facto* e baseados na força” torna difícil a compreensão do uso e do lugar da legalidade em regimes que são, a um só tempo, autoritários e legalistas, como o caso brasileiro iniciado em 1964. “Esses regimes usam a lei de maneira desconcertante, assustadora e, às vezes absurda, e, ao longo do tempo, evoluíram em direção a um maior ou menor emprego de meios legais”¹³⁰. Isso vai ao encontro da dicotomia entre a normalidade e a excepcionalidade, proposta por Carlos Fico a partir da ideia de um estado de exceção permanente.

O que nos aparenta equivocado na interpretação de Fico e, em certa medida, na de Paixão, é a compreensão de que essa dicotomia é uma contradição, na verdade, parece-nos que tal é a marca que torna totalmente peculiar o uso do direito pela ditadura militar no Brasil, que teve no AI a sua expressão mais marcante e possibilitou a convivência entre a exceção e normalidade.

Para Cristiano Paixão, “uma das características mais evidentes do regime militar brasileiro foi a sua capacidade de transformar atos de força em figuras do direito”, haja vista que a ditadura buscou a produção de uma aparência de legalidade, que pode ser constatada justamente na criação da figura do AI com sofisticados preâmbulos e “exposições de motivos, pela promulgação de emendas constitucionais, pela manutenção da atividade dos poderes legislativo e judiciário (com muitos expurgos, punições e cassações) e pela aprovação de leis ordinárias”¹³¹.

Contudo, não se tratou de uma legalidade aparente, mas, sim, de uma legalidade autoritária, que, por meio da textura aberta do AI, possibilitou a convivência entre um instrumento jurídico de exceção e instrumentos de normalidade, tudo dentro do mesmo ordenamento jurídico, durante quase 15 anos.

Os AIs vigoraram no ordenamento jurídico da ditadura militar até a promulgação da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978¹³², que alterou a Constituição de 1969. Essa alteração constitucional só entrou em vigor 1º de janeiro de 1979. O seu art. 3º revogava “os Atos institucionais e complementares, no que

¹³⁰ PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. p. 293.

¹³¹ PAIXÃO, Cristiano. *Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985)*. p. 229.

¹³² BRASIL. *Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978*. Brasília: Presidência da República, 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. A Emenda, todavia, mantinha os efeitos das ações da ditadura praticadas com fundamento nos Atos Institucionais, ou seja, permaneciam várias cassações, aposentadorias compulsórias, decisões administrativas arbitrárias etc. Até hoje, não é raro encontrar normas jurídicas vigentes que foram editadas com base em algum Ato Institucional ou Complementar¹³³ – foi mais uma face da autoanistia dos militares.

5. Conclusão

Os Atos Institucionais foram não apenas a base jurídica da ditadura militar no Brasil a partir de 1964, mas a legitimação dessa ordem jurídica. Muito embora o termo “ato institucional” já tivesse aparecido em outros momentos da História Constitucional do Brasil, foi a ditadura militar que deu ao AI contornos próprios e uso inédito. Dentro de uma dicotomia entre normatividade e excepcionalidade, apontada por Carlos Fico, o AI-1 funcionou como fio condutor de toda a legislação criada pela ditadura.

O golpe de 1º de abril de 1964, como ato de força, por si só, inaugurou uma ordem jurídica com um novo fundamento de validade, baseado na exceção. Todavia os juristas da ditadura foram além e expressaram o novo fundamento de validade por meio desse novo instrumento jurídico chamado de Ato Institucional por Francisco Campos. Não bastava simplesmente alterar a Constituição de 1946 ou impor nova Constituição, a ditadura militar criou uma ordem jurídica unitária, um sistema fechado de produção de normas jurídicas, em que o AI-1 era a materialização da nova norma fundamental.

A análise da íntegra dos cinco primeiros AIs mostra que havia, como afirma Cristiano Paixão, um encadeamento lógico entre os Atos, sendo que cada AI tinha seu pressuposto de validade em um Ato anterior. A partir da teoria do direito positivo de Kelsen, é possível dizer que a ditadura militar criou seu próprio sistema de

¹³³ O Código Tributário Nacional, por exemplo, tem várias disposições inseridas em seu texto por meio de Atos Complementares da ditadura militar (BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 6 dez. 2024).

produção escalonada do direito, de tal modo que o AI-1 não era apenas a última norma material de validade do ordenamento jurídico – ocupando o espaço que seria de uma Constituição –, mas, sim a expressão máxima e a materialização da norma fundamental do regime.

Ao contrário do que afirma Ayres Britto, o fundamento de validade da Constituição de 1967 não estava no AI-5, mas, sim, no AI-1, este operando como fundamento último daquela ordem jurídica. Embora materializado e expresso como norma escrita, portanto posta, o AI-1 configurava-se como constituição no sentido lógico-jurídico, diferenciando-se da Constituição (formal, em sentido jurídico-positivo) de 1946 e 1967.

É possível ver que há uma concordância entre os conceitos apresentados por Cristiano Paixão e Anthony Pereira, no sentido de que a ditadura militar brasileira, desde o início, preocupou-se “em ‘normalizar’ e institucionalizar o regime ditatorial com o idioma do direito, muito mais que nas outras ditaduras do Cone-Sul no mesmo período”¹³⁴. Tal constatação segue na mesma compreensão, em certa medida, de Carlos Fico, que visualiza no período a chamada “utopia autoritária” dos militares, consubstanciada na permanente tentativa de institucionalizar a “revolução”¹³⁵.

A figura jurídica do AI foi a própria institucionalização da ditadura, objetivo expresso literalmente desde o AI-1. A principal diferença entre o AI-1 e os demais Atos é a de que o primeiro funcionou como o fundamento final de validade de todo o ordenamento jurídico da ditadura, demonstrando uma unidade desse sistema de legalidade autoritária.

Se, ao invés de utilizar a figura do AI, os militares tivessem apenas feito o uso de leis impostas a partir da vontade do “Comando Supremo da Revolução”, a legalidade autoritária da ditadura teria, de fato, um aspecto totalmente contraditório nessa ambivalência entre exceção e normatividade. Entretanto, como fio condutor da legalidade autoritária da ditadura, o AI se caracterizou como o instrumento capaz de validar e legitimar juridicamente todo o regime.

¹³⁴ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). p. 230.

¹³⁵ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. p. 60.

Com o AI, portanto, não houve uma subversão da teoria do direito positivo, pelo contrário, o AI-1, especificamente, foi a materialização da norma fundamental kelseniana. Se, para Bobbio, a *grundnorm* é uma norma *pressuposta e hipotética* que concede ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas, é possível dizer que, na experiência da ditadura militar no Brasil, o AI-1 foi a norma *posta e material* que atribuiu aos militares o poder de alterar toda a ordem jurídica e funcionou como critério supremo de todas as normas do sistema.

Referências

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 105, p. 225-276, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p225>. Acesso em: 5 dez. 2024.

ATA da quadragésima terceira sessão do Conselho de Segurança Nacional. **1968**: Ato Institucional n. 5: a reunião, c2008. Site a fim de recordar os 40 anos da instauração do Ato Institucional n. 5. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ÁUDIO da reunião do Conselho de Segurança Nacional, realizado em 13 de dezembro de 1968, em que foi discutido o Ato Institucional 5 – AI5. São Leopoldo, RS: Instituto Humanitas Unisinos, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Acesso em: 10. Jan. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77-90.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Edunb, 1994.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, n. 32, p. 1-18, 1977.

BUZZONI, Henrique D'Aragona (org.). **Arcadas**: no tempo da ditadura. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. **História do Direito**: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD, v. 2, n. 3, p. 272-299, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954/45883>. Acesso em: 3 dez. 2024.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas emendas constitucionais até a de n. 24, de 1-12-1983. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

FICO, Carlos. Brasil: a transição inconclusa. *In*: FICO, Carlos; ARAUJO, Maria Paula; GRIN, Monica (org.). **Violência na história**: memória, trauma e reparação. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2012.

FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, v. 9, n. 20, p. 5-74, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180309202017005/6755>. Acesso em: 3 dez. 2024.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**: as ilusões armadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KUSHNIR, Beatriz. De ordem superior... os bilhetinhos da censura e os rostos das vozes. *In*: GOMES, Angela de Castro (org.). **Escrita de si, escrita da história**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**: seguido dos textos de Carl Schmitt “sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “o Führer protege o direito”. Tradução: Ronaldo Porto Macedo Jr. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Paulo Emílio Matos; MUNTEAL, Oswaldo; SÁ, Fernando (org.). **Os advogados e a ditadura de 1964**: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Vozes, 2010.

MATTOS, Marco Aurélio Vanucchi Leme de. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Estudos Históricos**, v. 25, n. 49, p. 149-168, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/ZgdzzYLYKMsh5zcsfC6yXWS/?lang=pt>. Acesso em: 5 dez. 2024.

OS ADVOGADOS contra a ditadura: por uma questão de justiça. Direção: Silvio Tendler. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2010. 1 vídeo (130 min). O filme faz parte do Projeto Marcas da Memória da Comissão de Anistia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fhRJxeFfbYM>. Acesso em: 5 dez. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria**: revista iberoamericana de filosofia, política y humanidades, v. 13, n. 26, p. 146-169, 2. sem. 2011. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1379/1259>. Acesso em: 3 dez. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito**: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728/43002>. Acesso em: 3 dez. 2024.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PINTO, Francisco Rogério Madeira. **A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo**: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. 2018. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/32510/1/2018_FranciscoRog%c3%a9rioMadeiraPinto.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

PIRES, Mário Augusto D'Antonio. **Constitucionalismo e exceção**: disputas conceituais na teoria da Constituição durante o regime militar (1964-1985). 2020. 291 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06052021-212532/pt-br.php>. Acesso em: 4 dez. 2024.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIDENTI, Marcelo. Resistência e mistificação da resistência armada contra a ditadura: armadilhas para pesquisadores. *In*: REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O golpe e a ditadura militar: quarenta anos depois (1964-2004)**. Bauru: Edusc, 2004.

SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura: repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC**. Florianópolis: Insular, 2019.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito: seguido dos textos de Carl Schmitt “sobre os três tipos do pensamento jurídico” e “o Führer protege o direito”**. Tradução: Peter Naumann; revisão da tradução: Ronaldo Porto Macedo Jr. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2011. p. 177-182.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Carlos Medeiros da. Observações sobre o ato institucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 76, p. 473–475, 1964. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/25961>. Acesso em: 5 dez. 2024.

SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC**. [Entrevistas e notas] Marly Silva da Motta, Verena Alberti; [edição de texto] Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: FGV, 1997.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TRANSCRIÇÃO [da 43ª sessão do Conselho de Segurança Nacional]. **1968: Ato Institucional n. 5: a reunião, c2008**. Site a fim de recordar os 40 anos da instauração do Ato Institucional n. 5. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>. Acesso em: 10 jan. 2023.

VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. **A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)**. 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

Legislação citada

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução vitoriosa. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-03-66.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; o Presidente da República poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969.** Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969.** Dispõe sobre subsídios de custo de deputados estaduais; sessões extraordinárias renumeradas das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais; remuneração de vereadores; contagem de tempo de serviço de mandato eletivo; eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-07-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 8, de 2 de abril de 1969.** Atribui competência ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes, para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-08-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional 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. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-09-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 10, de 16 de maio de 1969.** Dispõe sobre a aplicação de penas acessórias em virtude de cassação de mandatos eletivos ou de suspensão de direitos políticos, com fundamento em Atos Institucionais. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-10-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969.** Fixa data das eleições para prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, estabelece normas para a coincidência de mandatos no âmbito municipal, extingue a justiça de paz eletiva, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-11-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 12, de 1º de setembro de 1969.** Dispõe sobre o exercício temporário das fundações de Presidente da República pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, enquanto durar o impedimento, por motivo de saúde, do Marechal Arthur da Costa e Silva, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-12-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969.** Institui a pena de banimento do Território Nacional para o brasileiro que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à Segurança Nacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-13-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969.** Dá nova redação ao parágrafo 11 do artigo 150 da Constituição do Brasil, acrescentando que não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar - esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública direta ou indireta. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-14-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 15, de 11 de setembro de 1969.** Altera o art. 1º do Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969, que fixa a data das eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-15-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969.** Declara a vacância dos cargos e fixa data para eleições e posse de Presidente e Vice-Presidente da República, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-16-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 17, de 14 de outubro de 1969.** Autoriza o Presidente da República a transferir para reserva, por período determinado, os militares que hajam atentado ou venham a atentar contra a coesão das Forças Armadas. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-17-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília: Presidência da República, [1965]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978**. Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 6 dez. 2024.



Proteção do ambiente e pacto federativo: a eficácia do direito ao meio ambiente equilibrado e a repartição de competências em matéria ambiental¹

Environmental protection and the federal pact: the effectiveness of the right to a balanced environment and the competences division in environmental issues

La protección del medio ambiente y el pacto federal: la efectividad del derecho a un medio ambiente equilibrado y el reparto de competencias en materia de medio ambiente

Ingo Sarlet²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2494-5805>

E-mail: iwsarlet@gmail.com

Rodrigo Maia Rocha³

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-4056-2902>

E-mail: rmrocha01@gmail.com

Resumo

O presente artigo propõe uma análise crítica acerca dos impactos identificados entre o exercício das competências legislativas pelos entes federados em matéria ambiental e a eficácia social dos direitos socioambientais. Para tanto, analisa-se o conteúdo

¹ SARLET, Ingo; ROCHA, Rodrigo Maia. Proteção do ambiente e pacto federativo: a eficácia do direito ao meio ambiente equilibrado e a repartição de competências em matéria ambiental. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 359-388, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a387>.

² Advogado e parecerista. Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Professor Titular e Coordenador do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TJRS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7185324846597616>.

³ Advogado e Procurador do Estado do Maranhão. Membro Jurista do TRE/MA. Mestre e Doutorando em Direito pela PUCRS. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4309740491656695>.

e as características do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no texto da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, lança-se um olhar sobre o sistema constitucional de repartição de competências entre os entes federados com foco nas competências legislativas relativas ao meio ambiente. Logo, a metodologia empregada se baseia em uma análise crítica da Constituição Federal, da doutrina e da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, a respeito da matéria. Nesse ponto, ressalta-se a originalidade do texto em analisar a evolução jurisprudencial da Corte em relação ao tema da autonomia dos entes federados na proteção ambiental. Finalmente, aborda-se de maneira crítica os possíveis impactos que o desenvolvimento das relações entre os entes federados, no exercício das competências legislativas em matéria ambiental, e os potenciais conflitos decorrentes desse exercício podem apresentar sobre a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Nisso, foi possível verificar a ênfase da normativa constitucional brasileira em uma competência concorrente em matéria ambiental, que deve ser interpretada em uma perspectiva colaborativa entre os entes federados, a fim de potencializar a proteção do meio ambiente.

Palavras-chave

Direitos fundamentais; proteção do meio ambiente; repartição de competências; pacto federativo.

Sumário

1. Introdução. 2. Proteção do meio ambiente na Constituição Federal de 1988. 2.1 Estado de Direito e virada ecológica no constitucionalismo contemporâneo. 2.2 A norma contida no art. 225 da Constituição de 1988 e sua natureza jusfundamental. 3. Algumas notas acerca da Federação na Constituição de 1988. 3.1 Considerações gerais acerca do modelo de Estado Federal. 3.2 Organização federativa brasileira e o sistema de repartição de competências. 4. Conflitos de competência legislativa e seus reflexos na proteção do meio ambiente. 4.1 A divisão de competências em matéria ambiental na CF. 4.2 Os conflitos de competência legislativa em matéria ambiental e os parâmetros para o seu equacionamento. 5. Conclusão.

Abstract

This article proposes a critical analysis of the impacts identified between the exercise of legislative powers by the federal entities in environmental matters and the social effectiveness of socio-environmental rights. To this end, the content and characteristics of the right to an ecologically balanced environment in the 1988 Federal Constitution are analyzed. Subsequently, a look is taken at the constitutional system for the distribution of powers between federal entities, with a focus on

legislative powers relating to the environment. The methodology employed is based on a critical analysis of the Federal Constitution, doctrine and case law, especially from the Federal Supreme Court, on the subject. At this point, it is worth highlighting the originality of the text in analyzing the Court's jurisprudential evolution in relation to the autonomy of federal entities in environmental protection. Finally, it critically addresses the possible impacts that the development of relations between federal entities in the exercise of legislative powers in environmental matters and the potential conflicts arising from this exercise may have on the effectiveness of the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment. In this way, it was possible to verify the emphasis of Brazilian constitutional legislation on concurrent competence in environmental matters, which must be interpreted from a collaborative perspective between the federated entities in order to enhance environmental protection.

Keywords

Fundamental rights; environment protection; division of competences; federative pact.

Contents

1. Introduction. 2. Conflicts of legislative powers in the Brazilian Federal Constitution of 1988. 2.1 Rule of law and ecological turn in the contemporary constitutionalism. 2.2 The rule contained in article 225 of the 1988 Constitution and its jusfundamental nature. 3. Some notes about the Federation on the 1988 Constitution. 3.1 General considerations about the Federal State model. 3.2 Brazilian federative organization and system of division of powers. 4. Conflicts of legislative powers and its reflexes on the environment protection. 4.1 The division of powers in environmental matters in the Federal Constitution. 4.2 The conflicts of legislative powers in environmental matters and the parameters for its equation. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo propone un análisis crítico de los impactos identificados entre el ejercicio de las competencias legislativas de los entes federales en materia ambiental y la efectividad social de los derechos socioambientales. Para ello, se analizan el contenido y las características del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado en la Constitución Federal de 1988. Posteriormente, se examina el sistema constitucional de distribución de competencias entre los entes federales, con énfasis en las competencias legislativas relativas al medio ambiente. La metodología utilizada se basa en un análisis crítico de la Constitución Federal, de la doctrina y de la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo, sobre el tema. En este punto, cabe destacar la originalidad del texto al analizar la evolución jurisprudencial

de la Corte en relación a la cuestión de la autonomía de los entes federales en la protección ambiental. Finalmente, aborda de manera crítica los posibles impactos que el desarrollo de las relaciones entre las entidades federativas en el ejercicio de las facultades legislativas en materia ambiental y los potenciales conflictos derivados de este ejercicio pueden tener sobre la efectividad del derecho fundamental a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De esta forma, fue posible verificar el énfasis de la legislación constitucional brasileña en la competencia concurrente en materia ambiental, que debe ser interpretada desde una perspectiva de colaboración entre los entes federados para maximizar la protección del medio ambiente.

Palabras clave

Derechos fundamentales; protección del medio ambiente; reparto de competencias; pacto federal.

Índice

1. Introducción. 2. La protección del medio ambiente en la Constitución Federal de 1988. 2.1 El Estado de Derecho y el giro ecológico en el constitucionalismo contemporáneo. 2.2 La norma contenida en el art. 225 de la Constitución de 1988 y su carácter iusfundamental. 3. Algunas notas sobre la Federación en la Constitución de 1988. 3.1 Consideraciones generales sobre el modelo de Estado Federal. 3.2 La organización federal de Brasil y el sistema de distribución de competencias. 4. Conflictos de competencia legislativa y su impacto en la protección ambiental. 4.1 La división de competencias en materia ambiental en la Constitución Federal. 4.2 Los conflictos de competencia legislativa en materia ambiental y los parámetros para resolverlos. 5. Conclusión.

1. Introdução

O presente artigo tem como escopo analisar a existência de relação entre a divisão de competências no âmbito da organização federativa, tal como estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF), e a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225, *caput*, da CF, e cuja concretização exige uma atuação assertiva do Estado brasileiro em suas diferentes esferas, no âmbito dos deveres de proteção constitucionalmente impostos.

A eficácia do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado no Brasil passa necessariamente pela organização do Estado brasileiro. Com isso, mostra-se

relevante a compreensão de como o dever estatal de proteção ambiental se desenvolve no contexto do pacto federativo. Em especial, no que tange à repartição de competências legislativas, importa determinar de que forma e em que medida cabe a cada ente da Federação contribuir para o estabelecimento de um sistema de governança e proteção ecológica coeso e eficaz.

Assim, busca-se resolver o seguinte problema de pesquisa: qual a relação entre a divisão de competências legislativas em matéria ambiental, estabelecida pela Constituição Federal de 1988, e a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil?

Partir-se-á da premissa de que o efetivo exercício das competências legislativas em matéria ambiental pelos entes da Federação na concretização dos deveres de proteção pelos atores estatais constitui um fator relevante para a promoção da eficácia social do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em suas múltiplas projeções.

Para tanto, serão inicialmente avaliados os aspectos centrais que caracterizam o perfil do direito ao meio ambiente na CF. Posteriormente, será traçado um panorama em relação ao modelo de Estado Federal adotado pelo diploma constitucional pátrio, destacando especialmente o sistema de divisão de competências comuns e concorrentes compartilhadas entre os entes federados especialmente em matéria ambiental.

A partir da fixação das premissas anteriores, será efetuada uma abordagem crítica quanto aos possíveis impactos que a dinâmica na execução das competências legislativas pelos entes subnacionais em matéria ambiental exerce sobre a promoção dos direitos relacionados à proteção ambiental no âmbito do território brasileiro, especialmente diante de conflitos entre os entes federados no exercício das competências concorrentes.

Do ponto de vista metodológico, trata-se, no caso do presente estudo, de uma investigação de caráter descritivo e exploratório, desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema em análise. Procedeu-se com uma análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, a fim de elucidar o tratamento da matéria no Brasil. Como principal referencial normativo na pesquisa, utilizou-se a Constituição Federal de 1988.

2. Proteção do meio ambiente na Constituição Federal de 1988

2.1 Estado de Direito e virada ecológica no constitucionalismo contemporâneo

Os fatores presentes na gênese da atual crise ambiental de escala planetária já se avizinhavam há vários anos, surgidos na esteira das inovações tecnológicas de atividades produtivas cada vez mais intensas na geração de externalidades negativas, tendo Beck assinalado nesse sentido uma transição da sociedade industrial para a sociedade de risco no limiar do século XXI, marcada pela imprevisibilidade e incerteza, culminando na eclosão de verdadeiras ameaças civilizatórias que transcendem as tradicionais divisões políticas e territoriais, visto que tais riscos “já não estão vinculados ao lugar em que foram gerados – a fábrica. De acordo com seu feitiço, eles ameaçam a vida no planeta, sob todas as suas formas”⁴.

Não obstante, apenas a partir da década de 70 do século XX, vislumbra-se o início de um processo de afirmação do meio ambiente como um valor a merecer especial proteção jurídica na sociedade contemporânea, o que culminou numa tendência irreversível no âmbito da comunidade internacional em geral de constitucionalização do direito ambiental, sob a influência direta da declaração de Estocolmo de 1972 e das demais pactuações que se sucederam, cujos efeitos se irradiaram por diversos ordenamentos jurídicos em todo o globo⁵.

Nesse sentido, a CF inovou na abordagem dos temas relacionados ao meio ambiente em relação às Constituições brasileiras anteriores, nas quais “as referências aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática, com pequenas menções aqui e ali, sem que se pudesse falar na existência de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente”⁶.

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, c2010. p. 26. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5299999/mod_resource/content/1/Ulrich%20Beck%20-%20Sociedade%20de%20risco_%20Rumo%20a%20uma%20Outra%20Modernidade.pdf. Acesso em: 14 out. 2024.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 121.

⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2021. p. 59.

Diante da centralidade atribuída à defesa e preservação do meio ambiente pela CF, alguns autores chegam a afirmar que estamos a vivenciar, à luz do sistema constitucional vigente, um verdadeiro Estado de Direito ambiental, o qual considera o componente ambiental elemento indissociável da própria legitimidade do Estado na pós-modernidade, como definido por Leite e Ayala:

É um aperfeiçoamento do Estado de Direito, entendido como aquele que objetiva proteger os direitos humanos, de liberdade e de igualdade, compreendendo, logo, os direitos liberais e os sociais já positivos; mas vai além, ao incorporar o meio ambiente como um de seus elementos. Além disso, atualmente, o Estado de Direito pode ser entendido em seu aspecto material como um Estado constitucional, e a proteção do meio ambiente é atualmente condição de sua legitimidade⁷.

Em linha semelhante de raciocínio, Sarlet e Fensterseifer preconizam o estabelecimento de um Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito, mediante uma releitura do ordenamento constitucional de 1988, o qual, para além dos direitos típicos dos modelos de Estado liberal e social, agregou a proteção ambiental como um valor constitucional fundante da comunidade política organizada pela CF, afastando-se de uma concepção antropocêntrica moderada e aproximando-se cada vez mais de uma visão ecologicamente orientada ou centrada⁸.

No caso da CF, como já adiantado, é no *caput* do art. 225 que se encontra assentado o ponto nevrálgico da disciplina normativa do meio ambiente pátrio, o qual enuncia:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁹.

⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 30.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 201.

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 out. 2024.

A partir da leitura do dispositivo em questão – bem como de seus incisos e parágrafos – é possível extrair o princípio constitucional da preservação ambiental ou do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual impõe, a um só tempo, um dever tanto para o Estado quanto para a sociedade de concretização do meio ambiente sadio enquanto valor fundamental a ser alcançado pela coletividade, em torno do qual gravitam outros princípios que o densificam, como, *v.g.*, o do desenvolvimento sustentável, da prevenção e da precaução, do poluidor-pagador¹⁰, os quais não há aqui como aprofundar tendo em vista o recorte do presente estudo.

Desse modo, ao dedicar um capítulo próprio ao meio ambiente – além de disposições espalhadas ao longo do texto, como, *v.g.*, no título dedicado à ordem econômica, constituindo a defesa do meio ambiente um princípio fundamental ao próprio desenvolvimento econômico, a CF consolidou um novo paradigma que ressignificou a própria ordem pública, a qual passa a ter como vértice o dever de todos para com o respeito e a proteção em relação àqueles elementos que constituem as próprias bases da vida no planeta¹¹.

Feitas tais considerações, cumpre analisar o perfil constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir dos marcos teóricos relativos aos direitos fundamentais.

2.2 A norma contida no art. 225 da Constituição de 1988 e sua natureza jusfundamental

Em função da centralidade de sua posição na ordem jurídico-constitucional, os direitos fundamentais adquirem o *status* de verdadeiro “oxigênio das Constituições democráticas”¹², constituindo, portanto, um vetor fundamental para a atuação dos atores institucionais que compõem a estrutura estatal; essa atuação, por sua vez, adquire especial relevância diante da tarefa outorgada pela Constituinte de 1988 aos seus destinatários de promoverem a concretização de tais direitos, tendo a Constituição da República de 1988 representado a ascensão de uma ordem jurídica

¹⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 342. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira*. p. 135.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 383.

marcada essencialmente pela limitação do poder e pela centralidade dos direitos fundamentais elencados ao longo de todo o seu texto – o que tem na sua posição topográfica situada na abertura do texto constitucional um importante indicativo – compondo um variado mosaico de direitos de múltiplas dimensões¹³.

Para além da seara doutrinária, o STF também já consagrou a condição de direito fundamental da proteção do meio ambiente estabelecida pela CF, com base na abertura material do catálogo constitucional de direitos, tal como prevista no art. 5º, § 2º, da CF, e pela sua conexão com toda uma gama de outros princípios e direitos fundamentais, como é o caso da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, do direito à saúde, entre outros¹⁴.

No que diz respeito à sua titularidade, como visto anteriormente, conquanto o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado situe-se na categoria dos denominados direitos de terceira dimensão, estando ancorado “na fraternidade e na solidariedade, tendo por base interesses coletivos, que ultrapassam a esfera do indivíduo”¹⁵, tal dimensão comunitária não se contrapõe ao reconhecimento de uma perspectiva individual-subjetiva. Nesse sentido, segundo Sarlet e Fensterseifer:

O reconhecimento de um direito fundamental, de titularidade do indivíduo e da coletividade, a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, tal como consagrado de forma paradigmática no art. 225 da CF/1988 ajusta-se, consoante já enfatizado, aos novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica, complementando os já amplamente consagrados, ainda que com variações importantes, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, aumentando significativamente os níveis de complexidade e tarefas atribuídas ao Estado de Direito contemporâneo¹⁶.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67.

¹⁴ Entendimento recentemente reafirmado pela Corte no julgamento da ADPF nº 910, proposta em face do Decreto federal nº 10.833/2021 (BRASIL. **Decreto nº 10.833, de 7 de outubro de 2021**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10833.htm. Acesso em: 15 out. 2024.), o qual flexibilizou as regras de controle e manejo de substâncias agrotóxicas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 910/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359525784&ext=.pdf>. Acesso em: 15 out. 2024.)

¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. Do meio ambiente: art. 225, *caput*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 2180.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. p. 85.

Para além da sua dimensão jurídico-subjetiva, cumpre destacar a existência de uma dimensão jurídico-objetiva inerente ao direito fundamental ao meio ambiente, o qual, a exemplo dos demais direitos fundamentais, deve ser considerado não apenas do ponto de vista da posição jurídica do indivíduo, mas como verdadeiro valor comunitário cuja concretização constitui um fim a ser alcançado pela sociedade como um todo, o que tem como mais importante consectário, do ponto de vista da sua efetivação, o reconhecimento da existência de deveres ativos de proteção atribuídos principalmente ao Estado, no sentido de que “a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados”¹⁷.

Desse modo, no contexto do Estado Ecológico de Direito, é possível vislumbrar na norma de direito fundamental do art. 225 da CF, ao lado da sua dimensão defensiva – materializada na abstenção por parte do Estado ou particulares de condutas lesivas ao meio ambiente –, uma dimensão de natureza positiva (prestacional) na medida em que a efetividade da proteção do meio ambiente depende, em grande medida, de ações positivas por parte do Estado, notadamente mediante a implementação de políticas públicas, além da repressão à ação poluidora perpetrada por agentes públicos e privados¹⁸.

Completando o quadro demonstrativo da multifuncionalidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cumpre destacar, ainda, a sua função, ainda na perspectiva jurídico-objetiva, de vetor para a implementação de estruturas organizatórias e procedimentais destinadas à sua efetivação e proteção.

Diante disso, vale transcrever a precisa lição de Bello Filho:

O direito fundamental ao ambiente configura-se como um direito fundamental como um todo. Isto implica em dizer que se trata de um direito fundamental que opera na quadratura dogmática como um direito de defesa, como um direito a prestações e como um direito a

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 155.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. p. 353.

igualdade. Quer dizer também que o direito fundamental ao ambiente pode se realizar como um direito a um procedimento¹⁹.

No mesmo sentido, é possível afirmar que, diante das variadas e relevantes tarefas atribuídas ao Estado para a efetivação dos direitos fundamentais no Estado Ecológico, a forma de organização estatal traçada pela CF adquire especial proeminência na concretização do direito ao meio ambiente, o que será explorado nos próximos tópicos do presente estudo.

3. Algumas notas acerca da Federação na Constituição de 1988

3.1 Considerações gerais acerca do modelo de Estado Federal

As regras de organização político-administrativa no âmbito do Estado Democrático de Direito desempenham um papel central para o seu funcionamento e, portanto, para a realização dos seus objetivos, tendo a CF – assim como os diplomas constitucionais anteriores desde a Constituição de 1891 – adotado a forma de uma República Federativa, cuja alusão se faz presente desde os seus princípios fundamentais previstos no art. 1º do diploma constitucional em vigor.

Nesse sentido, cumpre salientar que a ideia de federalismo e a noção de um Estado Federal representaram possivelmente “o mais significativo aporte do constitucionalismo e do pensamento político norte-americano tanto para a teoria, quanto para a prática do Estado moderno”²⁰.

Embora as concepções políticas a partir das quais derivou a ideia de federalismo já estivessem presentes em organizações políticas anteriores, foi a partir da Constituição norte-americana de 1787 que se institucionalizou o primeiro modelo de Estado organizado sob a forma de uma Federação²¹.

¹⁹ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. p. 354.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. 9. ed., rev. e atual. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2020. p. 1220.

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 90, p. 5-34, abr./jun. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181714>. Acesso em: 14 out. 2024.

Fruto do engenho dos fundadores dos Estados Unidos da América, a Federação abraçada pela nação então emergente buscou promover um arranjo institucional desafiador: a coexistência dentro de um mesmo território da autonomia dos entes federados e o exercício do poder desempenhado pelo ente central, objetivando a concretização dos objetivos da república e, principalmente, a preservação da liberdade dos cidadãos pela limitação dos impulsos despóticos inerentes à concentração de poder, como enfatizado por Hamilton, Madison e Jay:

Numa república simples, todo o poder concedido pelo povo é submetido à administração de um governo único, e a usurpação é evitada por uma divisão do governo em braços independentes e separados. Na república composta da América, o poder concedido pelo povo é primeiro dividido entre dois governos distintos e depois a porção que coube a cada um é subdividida por braços independentes e separados. Disto provém uma dupla segurança para os direitos do povo. Os diferentes governos vão se controlar um ao outro, ao mesmo tempo em que cada um será controlado por si mesmo²².

Por sua vez, a dimensão limitadora ao exercício do poder político no intuito de assegurar a proteção das liberdades presente na doutrina política do federalismo torna-se especialmente relevante em países que, assim como os Estados Unidos, são marcados pela extensão territorial e pela diversidade²³, além de se tratar de um modo de organização do Estado que atende um imperativo de racionalização do exercício do poder, máxime em comunidades políticas complexas²⁴.

Embora a Federação constitua uma realidade normativa e, portanto, fruto de contingências decorrentes das suas diferentes configurações nos textos constitucionais dos Estados que optaram por essa forma de organização, o ponto central que diferencia o Estado Federal dos denominados Estados Unitários reside na coexistência naquele de ordenações jurídicas autônomas dentro do mesmo espaço territorial e na delimitação das competências entre os entes federados que compõem

²² JAMES, Madison; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788: edição integral. Apresentação de Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 351.

²³ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book* (Edição Kindle).

²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. p. 48.

a comunidade política²⁵. Em qualquer caso, talvez um dos mais significativos aportes da concepção de Estado Federal para a preservação das liberdades públicas tenha sido o de estabelecer uma estrutura organizacional para o Estado capaz de conjugar, ao mesmo tempo, uma divisão eficiente dos deveres constitucionais do Estado e a limitação ao exercício do poder por mecanismos eficientes de controle recíproco²⁶.

3.2 Organização federativa brasileira e o sistema de repartição de competências

No caso da experiência brasileira, desde a primeira Constituição republicana de 1891, optou-se pela forma federativa de organização do Estado, cláusula constante nos diplomas constitucionais subsequentes, embora suas características tenham variado ao longo do tempo, tendo em conta as particulares circunstâncias históricas presentes em cada período da vida republicana.

Como é possível se inferir ao longo da presente abordagem, a repartição de competências entre as unidades político-institucionais componentes do Estado Federal constitui um dos seus principais pilares, tendo o diploma constitucional em vigor adotado “um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação”²⁷.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a CF inovou substancialmente o quadro de distribuição de competências entre os entes federados – tendo como inspiração em grande medida a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 – ao introduzir na divisão de competências a técnica das competências comuns ou concorrentes entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – elevados à categoria de ente federativo autônomo, novidade introduzida no ordenamento pátrio pelo atual diploma constitucional –, estabelecendo desse modo as bases do assim denominado “federalismo de cooperação”, marcado pela descentralização de competências e

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 452.

²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 185.

²⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

concertação dos esforços políticos-institucionais entre os entes federados, conforme bem pontuado por Horta, em passagem que se toma a liberdade de transcrever:

A repartição de competências recebeu substancial modificação na Constituição de 1988. A clássica distribuição dos poderes enumerados à União e dos poderes reservados aos Estados, técnica adotada na Constituição dos Estados Unidos, que se incorporou à concepção federal brasileira, desde 1891, com os breves acréscimos das Constituições de 1934, 1946 e 1967, para admitir a legislação complementar dos Estados recebeu nova configuração formal e material, que conduziu a uma razoável ampliação dos poderes legislativos dos Estados e, subsidiariamente, dos Municípios. Inspirando-se na concepção desenvolvida na Lei Fundamental da Alemanha de 1949, que o Anteprojeto de Constituição Federal da Comissão Afonso Arinos (1986) adotou, a Constituição de 1988 introduziu na repartição de competências a técnica da legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, abrاندando o volume da legislação que tradicionalmente compunha nas Constituições anteriores a legislação privativa da União²⁸.

Importante sublinhar que esse particular método de repartição de competências “se revela ainda mais necessário no contexto de um Estado Social, de caráter intervencionista e voltado à consecução de políticas públicas, especialmente na área econômica e social, exigindo certa unidade de planejamento e direção”²⁹.

Desse modo, é possível delinear, a partir das considerações condensadas por Sarlet, um quadro representativo do esquema de repartição constitucional de competências dos entes federados nos seguintes moldes: a) *repartição horizontal*, caracterizada pela designação de domínios específicos de competência (administrativa e legislativa) a serem exercidos pelos entes federados; b) *repartição vertical*, esquema de divisão no qual se pressupõe o exercício conjunto das competências legislativas e administrativas pelas unidades federadas, dentro das suas respectivas esferas de influência em conformidade com a predominância do interesse (nacional, regional, local)³⁰.

²⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 514-515.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. p. 1230.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. p. 1265.

No quadro da chamada repartição horizontal, a Constituição elenca um conjunto de competências enumeradas e privativas em relação à União (artigos 21 e 22) e aos Municípios (art. 30), resguardando aos Estados-membros o exercício de competências residuais ou remanescentes, cabendo-lhes o exercício das competências não vedadas pela Constituição (art. 25, §1º).

Já a repartição vertical – composta por competências legislativas de caráter concorrente e competências administrativas de natureza comum, conforme denominação contida no próprio texto constitucional – encontra assento nos arts. 23 e 24 da CF.

O art. 24 da CF e seus parágrafos dispõem sobre um amplo conjunto de matérias nas quais deverá haver uma atuação legiferante conjunta por parte dos entes federados, incluindo políticas sociais fundamentais, como, *v.g.*, educação, cultura e proteção do meio ambiente, cabendo à União tão somente dispor sobre normas de caráter geral (§1º), podendo os Estados suplementarem a legislação federal (§2º), salvo na ausência de lei federal contendo disposições gerais, hipótese na qual poderão estes exercer competência plena (§3º).

Em relação a essa divisão, o aspecto que suscita maior complexidade diz respeito à distinção entre normas gerais e normas específicas ou suplementares e aos desdobramentos daí decorrentes. Além da própria questão conceitual, há uma evidente supremacia da União no tocante a essa definição, o que gera dificuldade em mantê-la adstrita aos seus limites dentro do que preconiza a repartição vertical de competências³¹. O STF não atuou de maneira incisiva na contenção dos excessos cometidos pela União ao transpor os limites do que possa vir a ser considerado norma de caráter geral, o que, em termos práticos, acaba por permitir a esta decidir isoladamente os limites de sua própria competência³².

De outra banda, no que tange às competências comuns previstas no art. 23, constituem-se campos de atuação administrativa comum a serem desenvolvidos pelos entes federados por força da relevância e do alcance social subjacente a essas matérias, o que justifica um esforço concentrado de todos os entes estatais, conforme acentuado por Almeida³³.

³¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. p. 146.

³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 626.

³³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. p. 615.

Tratando-se da hipótese de feixes de atribuições de caráter estritamente administrativo, é importante destacar que não necessariamente deve haver coincidência entre capacidade legiferante e atuação administrativa sobre determinado tema, havendo não raras vezes situações nas quais os entes subnacionais executam políticas decorrentes de normatização elaborada tão somente no âmbito da União³⁴.

Todavia, é de se constatar que a CF não chegou a estabelecer de modo mais detalhado, no capítulo das competências comuns, os possíveis instrumentos de interação interfederativa no exercício de tais competências, configurando-se evidente imprecisão no tocante à delimitação da esfera de atuação de cada ente, fazendo-se tão somente uma remissão no parágrafo único do art. 23 à edição de leis complementares que disciplinariam a cooperação entre os entes federados, as quais, até o presente momento, de um modo geral, não foram promulgadas – à exceção da lei complementar 140, de 08 de dezembro de 2011, a qual buscou regular justamente a cooperação entre os entes federados na proteção do meio ambiente, ainda assim com déficits no disciplinamento da coordenação de ações institucionais – o que resulta em bloqueio de avanços institucionais decisivos para a efetividade das políticas públicas que exigem tal conjugação de esforços³⁵.

Dificuldades operacionais e conflitos à parte – que a rigor são inerentes ao próprio sistema federativo, considerando-se a possibilidade de os entes federados, no exercício das suas competências, invadirem as esferas dos demais –, deve-se concluir que a CF preconizou um modelo de divisão do poder do Estado entre as unidades federadas, marcado pela descentralização e fortalecimento do papel dos entes periféricos na concretização dos objetivos nela traçados, buscando estabelecer uma relação de equilíbrio institucional entre as pessoas políticas capaz de, a um só tempo, respeitar a diversidade regional e manter a unidade nacional, de modo a conferir máxima efetividade aos seus deveres jurídico-constitucionais, em especial o respeito e a proteção aos direitos fundamentais, ocupando o direito ao meio ambiente uma posição de relevo nesse rol, especialmente em face da sua já recordada imbricação com outros valores jusfundamentais, como, *v.g.*, vida, dignidade humana e saúde.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. p. 372.

³⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. p. 119.

4. Conflitos de competência legislativa e seus reflexos na proteção do meio ambiente

4.1 A divisão de competências em matéria ambiental na CF

Conforme assinalado no capítulo anterior, a repartição de competências entre as diferentes pessoas políticas que compõem o Estado Federal constitui um dos núcleos fundamentais dessa forma de organização do poder estatal, a qual assegura a autonomia dos entes federados no exercício dos deveres fixados na Constituição através das capacidades de auto-organização e autogoverno, características desse modelo de Estado.

Por sua vez, o exercício dessa autonomia deve desenvolver-se em conformidade com o desenho institucional traçado pelo texto da CF – o qual combina tanto uma divisão horizontal quanto vertical das competências legislativas e administrativas –, preconizando em qualquer caso uma atuação harmônica e concertada dos membros da Federação no sentido de buscar alcançar os objetivos da comunidade política a partir da conjugação de esforços entre os atores institucionais que a integram, dinâmica que permite, como vimos, identificar a organização federativa atualmente em vigor no Brasil, no sentido daquilo que se tem designado de federalismo de cooperação ou federalismo cooperativo.

No que tange ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afigura-se como sendo de especial relevância para a sua concretização pelo Estado brasileiro que as diversas unidades político-institucionais que integram o sistema federativo atuem em conformidade com o esquema organizatório de divisão de competências materiais comuns e legislativas concorrentes previstas, respectivamente, nos arts. 23 e 24 da Constituição de 1988.

Isso porque em razão da multifuncionalidade do direito em questão – o qual constitui-se, a um só tempo, em direito de defesa, direito prestacional e direito à implementação de uma estrutura organizatória e procedimental para a sua materialização – e em atenção ao dever fundamental do Estado de promover sua efetividade de modo abrangente, faz-se necessária, inicialmente, a atuação normativa pelo conjunto dos entes federados, posto que, segundo Krell:

A definição do âmbito material da incidência do direito ao ambiente depende, devido a seu alto grau de abstração, da intermediação do legislador ordinário nos três níveis federativos. Este, contudo, ao traçar estes limites deve obedecer aos condicionantes substantivos estabelecidos pela Constituição, havendo diferentes espaços e opções para a sua concretização nas diversas áreas setoriais do meio ambiente³⁶.

No mesmo diapasão, pressupõe-se ainda um conjunto de ações administrativas ancoradas em lei e destinadas a promover a realização dos seus comandos para dar vazão, no plano da realidade fática, aos enunciados normativos destinados à proteção do meio ambiente, o que constitui objeto da competência material ou executiva dos entes federados.

É nesse sentido, e tendo em conta o foco do presente texto, que serão agora tecidas algumas considerações mais detalhadas acerca das competências legislativas em matéria ambiental.

Adianta-se que, como regra geral, a competência legislativa em matéria ambiental é de natureza concorrente entre os entes federados, encontrando-se situada no art. 24, da CF, o qual dispõe ser competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII).

Cumprе destacar, outrossim, a existência de alguns temas de competência legislativa privativa da União, prevista no art. 22 do diploma constitucional, que têm em certa medida imbricação com o direito ao meio ambiente, como, *v.g.*, águas e energia (inciso IV); recursos minerais (inciso XII) e atividades nucleares (inciso XXVI).

Em relação aos Municípios, embora não tenham sido expressamente inseridos no rol do art. 24, é possível deduzir a sua competência em matéria ambiental a partir do disposto no art. 30, incisos I e II, os quais permitem, respectivamente, legislar em

³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Do meio ambiente: art. 225, *caput*. p. 2179.

sobre questões de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber, não se justificando, à luz desse conjunto normativo, excluir dessas unidades federativas a autonomia para disciplinar temas de natureza ambiental que se enquadrem em sua esfera de atuação.

Em qualquer caso, observado o bloco de normas constitucionais que disciplinam o direito ao meio ambiente, o exercício das competências legislativas deve ter como objetivo conferir máxima efetividade ao enunciado normativo contido no art. 225 da Constituição, devendo favorecer, por conseguinte, a atividade legiferante dos entes subnacionais naquilo que representar maior proteção ao meio ambiente³⁷.

Para além da análise acadêmica, a reafirmação da autonomia dos entes federados periféricos em suplementar ou mesmo suprir as omissões na legislação da União com o objetivo de reforçar as balizas normativas de proteção ambiental adquire um importante sentido prático, especialmente no contexto brasileiro, caracterizado por uma grande diversidade tanto dos elementos naturais quanto artificiais integrantes do meio ambiente em todo o nosso vasto território nacional. Isso pode ser ilustrado mediante referência à multiplicidade de biomas responsáveis por abrigarem uma infinidade de espécies de flora e fauna e que exigem proteção em face das variadas ameaças à sua preservação, as quais podem apresentar distintas configurações em âmbito regional e local, demandando assim graus variados de disciplina normativa destinada à concretização dos valores fundamentais albergados pela CF.

4.2 Os conflitos de competência legislativa em matéria ambiental e os parâmetros para o seu equacionamento

Considerando a complexidade da organização do sistema de competências do nosso modelo cooperativo de federalismo, bem como a própria pluralidade de centros de decisão política que caracterizam o Estado Federal, o exercício do poder legiferante pelos entes federados pode circunstancialmente, em situações concretas, implicar colisões entre o conteúdo de normas diversas ou invasões de um ente pelo

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. p. 272.

domínio normativo constitucionalmente atribuído a outro, criando-se um contexto de “uma verdadeira superposição legislativa, com normas que se atropelam”³⁸.

Tais situações desafiam a definição de critérios jurídicos consistentes capazes de solucionarem tais conflitos, a qual se apresenta como importante medida para evitar prejuízo para a própria efetividade da proteção ao meio ambiente. Tais critérios, por sua vez, devem nortear a interpretação e a aplicação das normas do sistema, o que leva Sarlet e Fensterseifer à conclusão de ser “fundamental a construção de um sistema teórico e normativo capaz de guiar os nossos Juízes e Tribunais na resolução de tais questões”³⁹.

Ainda sobre a questão, sublinham os autores acima que, em qualquer caso, a solução das controvérsias quanto à aplicação de normas ambientais conflitantes entre os diferentes entes federados deve ter como premissa assegurar a manutenção das normas capazes de garantir a máxima proteção ao direito fundamental ao meio ambiente.

Do ponto de vista das possíveis situações em que surjam controvérsias quanto à norma prevalente diante de conflitos no exercício das competências legislativas ambientais, Ferreira aponta algumas situações paradigmáticas em que tais conflitos poderão ser identificados na praxe da atividade legiferante no âmbito do meio ambiente e sugere igualmente como critério a nortear sua solução a prevalência, sempre que possível, do enunciado normativo que forneça maior medida de reforço à proteção ambiental:

Sobre essa questão, três possibilidades devem ser analisadas: a) pode ocorrer que, mesmo observando os seus campos de atuação, União e Estados legislem de forma conflitante. Nesse caso, entende-se que deverá predominar a regra mais restritiva, uma vez que se busca a satisfação de um interesse público; b) uma segunda possibilidade consiste na inobservância dos limites constitucionais impostos ao exercício da competência concorrente. A invasão do campo de atuação alheio, como já mencionado, implica a inconstitucionalidade da lei, seja ela federal, seja ela estadual; c) finalmente, pode ainda o conflito entre leis resultar da impossibilidade de definir precisamente o que são normas gerais e normas especiais. Tais conflitos devem ser solucionados tendo por base

³⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67.

³⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 67.

o princípio *in dubio pro natura*, devendo prevalecer a norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, ou seja, o meio ambiente⁴⁰.

Nesse mesmo sentido, parece-nos adequada uma posição de certa cautela em torno da possível aplicação em qualquer contexto da norma que traduza uma maior medida de tutela aos bens ambientais, sobretudo diante da constatação de que nosso ordenamento jurídico-constitucional não possui direitos fundamentais abstratamente absolutos e prevalentes em qualquer contexto, não estando o direito ao meio ambiente apartado dessa lógica, cabendo portanto a análise do caso concreto e a aplicação dos princípios – especialmente o da proporcionalidade – para a obtenção da solução mais adequada tendo em vista a preservação da integridade do sistema⁴¹.

Contudo, observados os devidos cuidados no sentido de evitar respostas que fragilizem a racionalidade do próprio ordenamento jurídico-constitucional – especialmente a lógica do esquema organizatório de divisão das competências no âmbito federativo –, afigura-se igualmente acertada a posição que prima pelo reconhecimento da validade das regras normativas provenientes de Estados e Municípios que traduzam padrões mais elevados de proteção ambiental visando promoverem a sua progressiva melhoria, posição que atende às exigências do art. 225 da CF.

Assim, é possível afirmar que, se o propósito de eventual medida legislativa editada pelo ente estadual ou mesmo pelo ente municipal é reforçar os níveis de proteção ou afastar eventual déficit ou lacuna protetiva verificada na legislação federal no regime de proteção dos direitos fundamentais, tal opção deve ser saudada, muito embora com a ressalva de que a análise deve ser sempre efetuada à luz do contexto vigente, de modo a permitir a verificação de que a legislação em questão, ao proteger determinados bens, não viola outros. De todo modo, há que ter presente que em ocorrendo apenas o aumento do nível de proteção de direitos fundamentais, aqui com destaque para o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, inexistente qualquer razão que justifique a desconsideração de tal medida apenas com base no argumento da inexistência de correspondência exata com o cenário legislativo traçado no plano federal⁴².

⁴⁰ FERREIRA, Heline Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 338.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. p. 272.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. p. 260.

Desse modo e com base nas premissas apresentadas, afigura-se, s.m.j., correta a adoção de uma orientação hermenêutica que promova a prevalência, em princípio e sempre que possível, das disposições normativas que, dentro do quadro legislativo presente nas diferentes ordenações que compõem a Federação, instituem um regime mais eficaz de proteção e melhoria das condições do meio ambiente em suas múltiplas dimensões, até mesmo em homenagem ao princípio do *in dubio pro natura*, reconhecido no Brasil tanto em nível doutrinário, quanto jurisprudencial, com destaque aqui para a prática decisória do STF⁴³.

No âmbito do STF, essa orientação relativa às competências em matéria ambiental tem se firmado de maneira gradual nos últimos anos, contrapondo-se à tradição até então prevalente na Corte de forte centralização da competência legislativa na esfera da União, “conectando-se cada vez mais com o regime constitucional de proteção da Natureza estabelecido pela nossa Constituição Ecológica de 1988”⁴⁴.

Acerca dessa mudança de paradigma experimentada pela jurisprudência da Corte Suprema, cumpre assinalar que, nas décadas imediatamente posteriores à promulgação da CF, aquela decidia reiteradamente pela primazia em regra das matérias consideradas de competência legislativa privativa da União, em detrimento daquelas de natureza concorrente conferidas a Estados-membros e municípios no que tange à proteção do meio ambiente e controle da poluição diante de conflitos normativos submetidos à sua apreciação em sede de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, constituem precedentes bastante representativos dessa orientação os acórdãos proferidos na ADI 1.893⁴⁵ e na ADI 2.656⁴⁶.

⁴³ Tal prática pode ser extraída em uma série de precedentes reafirmando tal compreensão acerca do tema, nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6808/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352341661&ext=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 42/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792543&ext=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2024.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. p. 255.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1893/RJ**. Relator: Min. Carlos Velloso, 12 de maio de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266794>. Acesso em: 6 set. 2023.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2656/SP**. Relator: Min. Mauricio Corrêa, 8 de maio de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 6 set. 2023.

Em relação à ADI 1.893, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.702/1997, do Estado do Rio de Janeiro, a qual dispunha sobre a política estadual de manutenção da qualidade do meio ambiente do trabalho e de proteção da saúde do trabalhador, por entender que a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I) abrangeria inclusive a regulação do meio ambiente do trabalho, não obstante tenha a norma questionada limitado seu escopo a estabelecer regras e padrões de qualidade no ambiente laboral destinadas à proteção da saúde do trabalhador⁴⁷, o que, pelo menos é o que aqui se sustenta, estaria em sintonia com as balizas constitucionais daquilo que pode ser considerado norma de proteção ambiental, máxime diante da relevância do direito fundamental a um meio ambiente saudável e equilibrado.

De outra banda, ainda ilustrando a tendência de restrição à função normativa dos entes subnacionais em matéria ambiental, na ADI 2.656 – proposta pelo Estado de Goiás em face da Lei nº 10.813/2001 do Estado de São Paulo, que proscreeu o emprego de quaisquer espécies de amianto naquela unidade da Federação –, o STF declarou a inconstitucionalidade do referido diploma legal estadual também com base no argumento de que teria ocorrido invasão da competência privativa da União para dispor sobre a matéria, considerando a existência de diploma legal federal regulando o uso do amianto no território nacional (Lei nº 9.055/1995), não levando a Corte em consideração, todavia, o especial objetivo de proteção do meio ambiente e, por conseguinte, da vida e da saúde da população, veiculado pela norma estadual sindicada em sede de controle concentrado.

Cabe sublinhar que recentemente o Supremo promoveu uma guinada em sua jurisprudência acerca do uso do amianto no território nacional, reconhecendo, a partir dos estudos científicos mais recentes, os riscos ao meio ambiente e à saúde inerentes a essa substância. No julgamento da ADI 3.937 ajuizada em face da Lei nº 12.684/2007, novamente do Estado de São Paulo proibindo uso de amianto, a Corte ao mesmo tempo em que julgou improcedente a ação declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995, em virtude de um “processo de inconstitucionalização da norma”, com base no novo contexto fático do conhecimento científico do tema, o que culminou na competência plena do ente subnacional

⁴⁷ É importante ressaltar que constitui matéria inserida no âmbito de competência concorrente da União e dos Estados-membros legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, inciso XII), de modo que a norma estadual atacada poderia ser igualmente enquadrada, reforçando o equívoco, em nossa visão, da opção interpretativa adotada em desfavor da competência estadual no julgamento da referida ADI.

para dispor sobre a matéria, privilegiando desse modo o diploma estadual voltado à proteção da saúde e do meio ambiente⁴⁸.

As decisões acima destacadas são reveladoras da tendência, até então prevalente no âmbito do STF, no sentido de centralização da Federação do ponto de vista da produção normativa, refreando desse modo a possibilidade de os entes subnacionais desenvolverem iniciativas de produção normativa destinadas à proteção do meio ambiente a partir de experiências regionais e locais, o que poderia resultar em um efetivo contributo à eficácia e aprimoramento desse direito fundamental em todo o território nacional⁴⁹.

Tal tendência, contudo, vem sendo progressivamente modificada pelo STF ao longo de seus julgados mais recentes, o que traduz um inequívoco processo de reconhecimento da centralidade desse direito para a comunidade, como logo mais assinalado.

Nesse sentido, podemos apontar como precedente bastante paradigmático dessa nova tendência aquele fixado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.030, ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina contra lei proveniente daquele Estado-membro que, dentre outras medidas, contemplava normas de controle sobre resíduos provenientes de embarcações, instalações costeiras e oleodutos⁵⁰.

Alegou-se, no bojo daquela ação, em suma, que o ente subnacional teria invadido domínio de competência privativa da União para legislar sobre direito marítimo e civil, ao dispor sobre condições de operação de embarcações e responsabilidade civil dos operadores, razão pela qual padeceria o diploma legal de inconstitucionalidade.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 8 set. 2023.

⁴⁹ ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. 2006. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 167. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7343>. Acesso em: 14 out. 2024.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2030/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451606>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Por sua vez, o STF, contrapondo-se à tendência presente em diversos dos seus precedentes, no sentido de atribuir proeminência à posição da União no caso de conflitos de competência com os entes periféricos em matéria legislativa, julgou improcedente a ação por entender que o Estado de Santa Catarina teria atuado dentro das balizas constitucionais da sua competência concorrente em matéria ambiental, pois teria tão somente instituído normas de reforço à proteção do seu ecossistema marinho em face das especificidades presentes naquela unidade da Federação, agindo, portanto, em consonância com o texto constitucional, inclusive pelo enriquecimento do arcabouço normativo de proteção do meio ambiente a partir das contribuições oriundas de experiências exitosas dos entes periféricos, como bem destacado no voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes:

É evidente a preocupação do Estado de Santa Catarina com a preservação de seu meio ambiente. O resguardo de seu litoral – por meio de lei estadual, de operações suscetíveis de promoverem o risco de poluição do mar litorâneo – é exemplo claro de atuação concorrente que baseando-se em peculiaridades próprias, autorizam os Estados-membros a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser eventualmente adotadas por outros entes ou em todo território federal, na ideia de verdadeiros *laboratórios legislativos*⁵¹.

Nessa mesma toada, a Corte também reconheceu, no bojo da ADI 6.137, em votação unânime, a possibilidade de Estado-membro no exercício de sua competência concorrente editar normas mais restritivas ao manejo de agrotóxicos em seu território com o escopo de conferir maior proteção ao meio ambiente e à saúde de sua comunidade, concepção em sintonia com a especial relevância de tais bens jurídicos no contexto da CF⁵².

Desse modo, é possível inferir que o reconhecimento da legitimidade constitucional das leis emanadas dos Estados-membros e dos Municípios que, observados os critérios de predominância do interesse (regional ou local) e respeitada a esfera de

⁵¹ STF, ADI 2030/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 9 ago. 2017.

⁵² Conforme assinalou o voto da Relatora, Ministra Carmen Lucia, é legítima a edição de legislação suplementar pelo ente subnacional que, lastreada em estudos técnicos e peculiaridades locais, optar por uma regulação mais severa do uso de pesticidas e do seu manejo no caso concreto, proscrevendo especificamente nesse sentido a pulverização aérea em razão da sua maior lesividade ao ecossistema legalmente tutelado.

competência privativa da União, estabeleçam patamares mais elevados de preservação e melhoria da qualidade do meio ambiente, encontra-se em conformidade, não apenas com a estrutura da organização federativa desenhada pela CF, mas principalmente com a necessária posição preferencial do direito fundamental a um meio ambiente saudável e equilibrado na arquitetura constitucional brasileira.

5. Conclusão

Ao longo do presente estudo, foi possível constatar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental tanto em seu aspecto formal, quanto material, cumprindo, ademais, diversas funções na ordem jurídico-constitucional brasileira, designadamente, operando como direito de defesa (negativo) e direito a prestações (positivo), além de ter uma dupla dimensão subjetiva e objetiva, neste caso, implicando um conjunto de deveres de proteção que vinculam diretamente todos os atores estatais. Assim, cabe ao poder público assegurar as condições necessárias à realização desse direito em sua plenitude, assegurando-lhe a máxima eficácia e efetividade possível.

Constatou-se também que o modelo de organização do Estado desempenha um papel relevante no processo de concretização do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, especialmente mediante o sistema de repartição das diversas competências entre as unidades integrantes da Federação em conformidade com o desenho traçado pela CF, o qual preconiza a cooperação entre os entes federados na consecução de objetivos de relevante alcance social, constituindo a proteção do meio ambiente tarefa a ser desempenhada conjuntamente por todas as unidades políticas mediante a elaboração de leis e a adoção de medidas administrativas em conformidade com o critério de predominância do interesse de cada esfera federativa – local, regional e nacional.

Em relação ao exercício das competências legislativas em matéria ambiental, a complexidade e diversidade presentes no território nacional realça a importância da orientação de que, respeitados os critérios jurídico-constitucionais de divisão das competências entre os entes federados, ocorra a edição, tanto pelos Estados-membros quanto pelos Municípios, de diplomas legais contendo regras mais protetivas do meio ambiente do que aquelas editadas no âmbito da União, o que vai ao encontro da importância e da posição preferencial atribuída pela CF à proteção do meio ambiente, orientação que vem obtendo a adesão no âmbito do STF em precedentes recentes acerca do tema, acima referidos em caráter exemplificativo.

Assim, é possível concluir que a concretização do dever constitucional atribuído ao Estado, no sentido de proteger e mesmo promover o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem na dinâmica das relações desenvolvidas no âmbito da estrutura federativa um fator relevante para a sua efetividade. Isto se dá, dentre outros motivos, porque a eficiência das políticas públicas ambientais pressupõe o exercício pleno e efetivo pelas unidades políticas que compõem a Federação das suas competências para a elaboração das leis necessárias à implementação de regras que tornem efetiva a proteção do direito ao meio ambiente, especialmente se considerarmos a diversidade dos fatores ambientais e socioeconômicos presentes no território nacional, o que demanda, por sua vez, a adoção de medidas que contemplem tais especificidades, seja em âmbito regional, seja em nível local, tudo de modo a assegurar a máxima eficácia social do programa normativo constitucional relativo à proteção do meio ambiente.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. 2006. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7343>. Acesso em: 14 out. 2024.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e competências ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 23, n. 90, p. 5-34, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181714>. Acesso em: 14 out. 2024.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, c2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5299999/mod_resource/content/1/Ulrich%20Beck%20-%20Sociedade%20de%20risco_%20Rumo%20a%20uma%20Outra%20Modernidade.pdf. Acesso em: 14 out. 2024.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.**

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp023239.pdf>. Acesso em: 14 out. 2024.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-164.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

FERREIRA, Heline Sivini. Competências ambientais. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 243-257.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20. edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JAMES, Madison; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788: edição integral**. Apresentação de Isaac Kramnick. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. Do meio ambiente: art. 225, *caput*. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 2176-2183.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book* (Edição Kindle).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. 9. ed., rev. e atual. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 42/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792543&ext=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1893/RJ**. Relator: Min. Carlos Velloso, 12 de maio de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266794>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2030/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 9 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451606>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2656/SP**. Relator: Min. Mauricio Corrêa, 8 de maio de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6137/CE**. Relator: Min. Cármen Lúcia, 29 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768536164>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6808/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352341661&ext=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 910/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359525784&ext=.pdf>. Acesso em: 15 out. 2024.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.833, de 7 de outubro de 2021**. Altera o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10833.htm. Acesso em: 15 out. 2024.



Cinco notas sobre os processos estruturais¹

Five notes on structural litigation

Cinco notas sobre litigio estructural

Gustavo Osna²

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5723-1166>

E-mail: gustavo@mosadvocacia.com.br

Sérgio Cruz Arenhart³

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0846-3064>

E-mail: scarenhart@gmail.com

Resumo

Seja no debate acadêmico, seja no palco forense, os processos estruturais assumiram espaço crescente na realidade brasileira. Ainda assim, permanecem diferentes dúvidas ligadas à sua efetivação. O presente ensaio tem como objetivo apresentar ao leitor cinco notas ligadas ao tema que nos parecem essenciais para reduzir essa penumbra – enfrentando alguns de seus principais problemas contemporâneos. Partindo de metodologia dedutiva e de pesquisa bibliográfica, destaca-se, como resultados alcançados, que: o debate relacionado à matéria deve evitar um conceitualismo restritivo; seu uso é pragmático, ampliando o léxico do processo e da jurisdição; por não tutelar prontamente o direito, admitindo zonas de desproteção, é preciso zelar pela sua adequada tempestividade; o mecanismo deve ser lido como uma técnica geral de processo, não se destinando apenas a políticas públicas; e, sua ductibilidade é indispensável, pois cada problema estrutural terá suas próprias características. Todas essas conclusões se voltam a aprimorar a efetividade da matéria.

¹ OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cinco notas sobre os processos estruturais. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 389–418, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a314>.

² Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Professor do PPGD da Universidade Católica de Brasília. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado e Parecerista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6404084238253036>.

³ Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor pela Università degli Studi di Firenze. Professor Visitante na Universidade de Zagreb (Croácia). Procurador Regional da República e ex-juiz Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1180676244369627>.

Palavras-Chave

Processo estrutural; processo civil; efetividade; legitimidade.

Sumário

1. Introdução; 2. O processo estrutural e o direito brasileiro: cinco notas; 2.1 Conceitos e conceitualismo: o processo estrutural como experiência pragmática; 2.2 Adequado ou necessário: o processo estrutural e os desafios da realidade brasileira; 2.3 “*All deliberate speed*”: o processo estrutural e seu sabor agrídoce; 2.4 Público ou privado: o processo estrutural como técnica geral de processo; 2.5 Diferentes problemas, diferentes soluções: o processo estrutural e sua racionalidade; 3. Conclusão.

Abstract

Whether in academic debates or in courts, structural litigation has been increasingly prominent in Brazil. However, there are still lingering doubts regarding its implementation. This essay presents five key points related to this subject that can help alleviate such concerns. Through the use of deductive methodology and bibliographical research, we argue, as our results, that: the debate surrounding structural litigation must avoid restrictive conceptualizations; its use is pragmatic, expanding the scope of adjudication; since structural injunctions may not promptly protect relevant rights, it is necessary to ensure timely action; the mechanism should be conceived as a general procedural technique, not solely intended for public policies; flexibility is essential, as each structural problem will have its own unique characteristics. All these conclusions aim to improve the effectiveness of the subject matter.

Keywords

Structural litigation; civil procedure; effectiveness; legitimacy.

Summary

1. Introduction; 2. Structural litigation and Brazilian law: five notes; 2.1 Concepts and conceptualism: the structural litigation as a pragmatic experience; 2.2 Adequate or necessary: the structural litigation and the challenges of Brazilian reality; 2.3 “*All deliberate speed*”: the structural litigation and its bittersweet flavor; 2.4 Public or private: the structural litigation as a general procedural technique; 2.5 Different problems, different solutions: the structural litigation and its rationality; 3. Conclusion.

Resumen

Ya sea en debates académicos o en los tribunales, el litigio estructural ha cobrado un espacio cada vez mayor en Brasil. Sin embargo, aún persisten dudas relacionadas con su implementación. Este ensayo presenta cinco puntos clave relacionados con este tema que pueden ayudar a aliviar tales preocupaciones. A través del uso de metodología deductiva e investigación bibliográfica, argumentamos que: el debate en torno al litigio estructural debe evitar conceptualizaciones restrictivas; su uso es pragmático, ampliando el ámbito de la adjudicación; dado que las medidas cautelares estructurales pueden no proteger de manera pronta los derechos relevantes, es necesario garantizar una acción oportuna; el mecanismo debe concebirse como una técnica procesal general, no solo destinada a políticas públicas; la flexibilidad es esencial, ya que cada problema estructural tendrá sus propias características únicas. Todas estas conclusiones se centran en mejorar la efectividad de la materia.

Palabras clave

Litigio estructural; procedimiento civil; efectividad; legitimidad.

Índice

1. Introducción; 2. El proceso estructural y el derecho brasileño: cinco notas; 2.1 Conceptos y conceptualismo: el proceso estructural como experiencia pragmática; 2.2 ¿Adecuado o necesario?: el proceso estructural y los desafíos de la realidad brasileña; 2.3 “All deliberate speed”: el proceso estructural y su sabor agri dulce; 2.4 Público o privado: el proceso estructural como técnica general de proceso; 2.5 Problemas diferentes, soluciones diferentes: el proceso estructural y su racionalidad; 3. Conclusión.

1. Introdução

Seja no debate acadêmico, seja no palco forense, o tema dos *processos estruturais* tem assumido espaço cada vez mais crescente na realidade brasileira. Essa importante sinergia decorre de diferentes fatores, entre os quais um merece especial atenção: a existência, em nosso país, de diferentes problemas igualmente *estruturais*. Nesse caldo, é louvável e desejável que o operador do Direito se debruce sobre técnicas e caminhos capazes de aprimorar o cenário e permitir uma proteção mais adequada do direito material.

Poucas coisas poderiam cristalizar com maior evidência esse fenômeno do que a recente instituição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de um (virtuoso) núcleo orientado ao enfrentamento de processos estruturais e complexos (NUPEC⁴). A partir disso, reconhece-se, a um só tempo, a importância da matéria e a sua especificidade. Pelos dois lados, forma-se um caminho (em constante construção) para o florescimento da tutela estrutural em nosso sistema.

Ainda assim, é certo que permanecem diferentes dúvidas ligadas a essa via do processo. Devido à sua natureza recente e às mudanças culturais que lhe são intrínsecas, isso não surpreende. Pelo contrário, trata-se de consequência direta da *heterodoxia* que permeia sua racionalidade e a sua forma de atuação: em um modelo historicamente rígido, neutro e (pretensamente) previsível, falar em processos estruturais é trazer ao quebra-cabeças uma peça de coloração bastante diversa.

Qual seria a racionalidade central à disciplina? Por qual motivo ela se justifica? Que resultados ela pode agregar à nossa sociedade? Como permitir a sua máxima efetividade e zelar pelo seu emprego legítimo?

O presente ensaio procura apresentar ao leitor cinco notas ligadas ao tema que nos parecem essenciais. De maneira ordenada e sequencial, buscamos enfrentar os seguintes elementos – ainda comuns no debate ligado à matéria e muitas vezes despercebidos em sua aplicação: (i) a construção do processo estrutural é uma realidade pragmática. Isso faz com que um eventual abuso do conceitualismo, em sua quadra, possa trazer efeitos prejudiciais para a efetividade do campo; (ii) pensar em processos estruturais é pensar em um percurso que, na realidade brasileira, circula entre a desejabilidade e a necessidade. Isso quer dizer que, em algumas hipóteses, seu emprego poderá ser a melhor via para a atuação jurisdicional. Em outras, porém, será a única saída para esse fim, sequer havendo alternativa; (iii) pela sua natureza cascateada e prospectiva, o processo estrutural (ao garantir direitos progressivamente) inevitavelmente pode trazer um sabor agridoce para alguns – que precisariam, desde já, da devida proteção. Isso deve garantir que não haja morosidade desnecessária em seu âmbito; (iv) embora os processos estruturais encontrem nas políticas públicas um campo de aplicação extremamente fértil, eles não se limitam a isso. Na realidade, seu emprego é estranho à dicotomia clássica entre “público” e “privado”; e, (v) por fim, pela própria pluralidade funcional da matéria, é necessário que sua ductibilidade seja preservada. Cada problema estrutural terá suas próprias características, impondo que também o processo estrutural possa assumir diferentes conformações.

⁴ As atividades do núcleo podem ser acompanhadas em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de processos estruturais complexos – NUPEC. *Portal STF*, 17 maio 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 17 jun. 2024.

Como salientado, todos esses pontos despertam indagações ainda candentes em nossa teoria e em nossa prática. Para seu enfrentamento, o estudo adota metodologia dedutiva e se ancora, procedimentalmente, em pesquisa bibliográfica e exploratória. Dessa maneira, as ponderações previamente indicadas são enfrentadas criticamente, com o propósito de contribuir para a efetividade da tutela estrutural na realidade brasileira.

Enfim, se o processo estrutural por vezes ainda é visto em nosso sistema como um cubo mágico de difícil resolução, acreditamos que a adequada compreensão de cada uma dessas considerações pode servir como um importante norte para esse propósito. Se o tema em exame é marcado por uma sensível complexidade, consideramos que os alicerces aqui expostos podem contribuir para o seu refinamento – permitindo que, ao menos, algumas cartas decisivas sejam posicionadas nesse tabuleiro.

2. O processo estrutural e o direito brasileiro: cinco notas

Na linha das considerações acima, o presente estudo possui como propósito central expor algumas compreensões essenciais para o melhor entendimento dos processos estruturais. É com esse enfoque que, no presente capítulo, serão enfrentados cinco pontos críticos ligados à temática.

Como ressalva prévia, é essencial destacar que, propositalmente, não se deseja aqui *falar sobre o Código de Hamurabi*⁵. A partir desse ângulo, questões já consolidadas ou devidamente estabelecidas não parecem, no atual momento, merecer maior consideração. Da mesma forma, reflexões estranhas ao melhor funcionamento da matéria, desprovidas de propósito ligado a esse nível, também não entrarão em cena.

Na realidade, o ângulo mestre a ser entendido é que o processo estrutural, no final do dia, corresponde a uma nova (e indispensável) peça para que o direito processual possa manter sua instrumentalidade. No ponto, cabe ainda lembrar que essa noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se tome por parâmetro de utilização; se o instrumento pode ser utilizado para diversos propósitos deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção deste objetivo.

⁵ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurabi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 137-167.

No arranjo posto pela Constituição Federal de 1988, não parece haver maior dúvida de que, nessa dimensão funcional do processo, reside com protagonismo a tutela jurisdicional de direitos. E é para permitir a consolidação desse propósito que cada uma das considerações trazidas a seguir possui importância elementar.

2.1 Conceitos e conceitualismo: o processo estrutural como experiência pragmática

Para emoldurar o objeto de estudo, há uma primeira nota que nos parece de particular importância – condicionando a própria compreensão dos processos estruturais. Em resumo, é comum que o estudo do tema seja permeado por algumas indagações de fundo predominantemente conceitual (como “o que é ‘processo estrutural?’” ou “quais são seus elementos definidores?”). Acreditamos, contudo, que essa espécie de reflexão não é de todo desejável; pela sua própria essência, é preferível que essa nova via do processo seja entendida como uma *técnica*, assumindo assim maior grau de *pragmatismo*⁶.

Realmente, com o avanço do tema na realidade brasileira, a proliferação de estudos que buscam facilitar a sua compreensão é bastante significativa⁷. Do mesmo

⁶ Esse enfoque é adotado em OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticismo” e os “processos estruturais”. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013>. Acesso em: 17 jun. 2024. Também assim MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. *Revista de Processo*, v. 44, n. 289, p. 423-448, mar. 2019.

⁷ Veja-se aqui, de modo ilustrativo, que uma singela pesquisa na plataforma Google Scholar pelos termos “Processo Estrutural” e “Direito”, conjuntamente, demonstra mais de 1.400 ocorrências desde o ano de 2020. Ainda, exemplificando essa propulsão, veja-se, de modo exemplificativo e partindo de diferentes enfoques, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013. COTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. (Coleção direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise; 29). MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021. VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2020. MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural**: litígios e comportamento das cortes. Prefácio: Cristhian Magnus de Marco. Londrina: Thoth, 2021. (Coleção litigância estratégica e complexa; 1). STEFFENS, Luana. **Processo estrutural, cultura e jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Prefácio: Daniel Sarmento; apresentação: Juraci Mourão Lopes Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Igualmente, CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (Orgs.). **Processos estruturais no sul global**. Londrina: Thoth, 2022. Do mesmo modo, abordando, com riqueza, diferentes casos práticos relacionados à questão, ver BOCHENEK, Antônio Cesar (coord.). **Demandas estruturais e litígios de alta complexidade**: casos práticos analisados no mestrado da Enfam. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022.

modo, também acaba assumindo proporção expressiva a tentativa de compreensão *conceitual* da matéria⁸. E um breve exame da doutrina brasileira demonstra que esse leme pode levar a diferentes horizontes, fomentando posturas mais restritivas ou mais ampliativas ligadas ao tema⁹.

Não se discute que essa espécie de investigação possa exercer um papel simplificador ou didático. Ainda assim, acreditamos que o maior legado que a doutrina pode trazer para o processo estrutural passa pelo reconhecimento de seu *praticalismo*; pela percepção de que o tema em questão, em última análise, corresponde a uma via pensada pragmaticamente para permitir uma melhor tutela dos direitos¹⁰. Isso quer dizer que, ao invés de restringir a sua aplicação pela via conceitual (atribuindo-lhe características indispensáveis ou essenciais), é mais adequado fomentar seu uso e sua legitimação¹¹.

Para ilustrar esse problema, é interessante notar como o conceito em exame sequer foi aventado ou empregado nos casos normalmente trazidos como suas manifestações seminais. Seja na realidade estrangeira, seja nas experiências iniciais vivenciadas no Brasil, o ponto em comum parece ser a tentativa de *otimizar* a atividade do processo – e não a construção de uma nova teoria ligada a esse vetor.

Como primeiro exemplo desse ponto, é valiosa a menção à decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Brown v. Board of Education* (notadamente, no seu segundo pronunciamento relacionado à disputa). Conforme entendimento de Marco Félix Jobim:

um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública, até então dedicada à educação de

⁸ Contemplando diferentes estudos ligados ao tema, ver ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

⁹ Propondo essa classificação, BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. **Processos estruturais em matéria previdenciária**: por uma releitura das intenções travadas entre o judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social. Prefácio: Marco Aurélio Serau Junior. Londrina: Thoth, 2023. (Coleção litigância estratégia e complexa; 6).

¹⁰ Ver, OSNA, Gustavo. **Acertando problemas complexos**: o “praticalismo” e os “processos estruturais”.

¹¹ Assim ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*¹².

Resumidamente, questionou-se ali a legalidade da política de segregação racial então existente no sistema educacional estadunidense, lastreada na lógica de *separate but equal*. Como sabido, a Corte, nessa ocasião, proferiu decisão contrária a essa espécie de medida¹³. Contudo, viu-se em uma situação complexa para consolidar esse pronunciamento: como conferir ares materiais à decisão diante da estrutura então disponível às escolas? Como controlar o possível *backlash* decorrente do cumprimento da decisão¹⁴?

Essa espécie de dilema acabou levando o órgão a buscar um caminho flexível e futuro para a proteção do direito. Nas palavras de Michael J. Klarman, observando o fluxo que levou à segunda decisão proferida em *Brown*:

A corte reconheceu a invalidade da segregação escolar em 17 de maio de 1954, mas não estabeleceu comandos para a efetivação de sua decisão e não voltou a apreciar a temática até a legislatura seguinte. Isso gerou diferentes pontos de interrogação para os julgadores. Primeiro, eles deveriam determinar uma dessegregação imediata ou permitir uma transição gradual, e, nesse caso, deveriam estabelecer um termo limite para a completa dessegregação? Segundo, quão detalhada deveria ser a medida corretiva? A Corte poderia estabelecer nuances específicas sobre o processo de dessegregação, delegar esse papel aos Tribunais locais ou nomear especialistas para coletar provas e propor medidas. Terceiro, os magistrados deveriam conceber os processos ligados ao tema como medidas coletivas ou limitar a eventual proteção aos autores individuais? Em *Bros II*, decidido em 31 de maio de 1955, os Ministros optaram pelo gradualismo e pela porosidade¹⁵.

¹² JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 93.

¹³ Perceba-se que, como aspecto preliminar e basilar da decisão, fez-se constar que “racial discrimination in public education is unconstitutional (...) and all provisions of federal, state or local law requiring or permitting such discrimination must yield to this principle”.

¹⁴ Sobre o tema, ver KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the civil rights movement**: abridged edition of From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality. New York: Oxford University Press, 2007.p.149 e ss. Também, *passim*, PATTERSON, James T. **Brown v. Board of Education**: a civil rights milestone and its troubled legacy. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁵ No original, “the Court invalidated school segregation on May 17, 1954, but it ordered no immediate remedy and deferred reargument on that issue until the following term. The remedial issue posed several questions for the

Em verdade, delegou-se às instâncias locais a incumbência de fixar planos e rotinas para, tão logo possível, conferir plenitude à dessegregação. Mesmo sem se lançar mão do vocábulo, procedeu-se àquilo que foi posteriormente concebido como uma *medida estrutural*¹⁶.

A mesma espécie de raciocínio também se fez presente em *Holt v. Sarver*.¹⁷ – mas tendo como pano de fundo realidade bastante diversa. Aqui, entrou em cena a tutela de direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional do Arkansas¹⁸. E a disputa se mostrou infensa a respostas fáceis: de um lado, a negativa de proteção era visível; de outro, inexistiam meios ou recursos suficientes para alterar de imediato esse cenário. Diante disso, como o Poder Judiciário poderia atuar adequadamente nesse jogo?

Assim como em *Brown*, a resposta passou pela dinamização da resposta a ser conferida em juízo, e, particularmente, da sua concretização. Também aqui se deixou de lado a lógica vertical e instantânea que é típica dos provimentos jurisdicionais, buscando-se uma forma mais gradual e realista de proteção do bem jurídico¹⁹. Em ambas as situações, cristalizou-se uma divisão entre *right* e *remedy*, como reconhecido por Chayes; percebeu-se que o reconhecimento do direito pode

justices. First, should they order immediate desegregation or allow a gradual transition, and should they impose any deadlines for beginning or completing desegregation? Second, how detailed should the remedial decree be? The Court could dictate specifics about the desegregation process, remand to district courts to formulate decrees, or appoint a special master to take evidence and propose orders. Third, should the justices treat the lawsuits as class actions or limit relief to the named plaintiffs? In *Brown II*, decided on May 31, 1955, the justices resolved in favor of vagueness and gradualism". KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. p. 79.

¹⁶ Com efeito, ao perceber o movimento vivenciado na jurisdição para concretização de valores públicos e de direitos civis, Owen Fiss destacou que existiria aí uma nova feição de *structural reform* no âmbito do Judiciário. Parece residir aí a origem da expressão hoje amplamente empregada pela doutrina brasileira. Ver, assim, FISS, Owen M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 29 fev. 2024. Também, FISS, Owen M. *The law as it could be*. New York: New York University Press, c2003. p.48 e ss. Ainda, *passim*, FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, c1978.

¹⁷ Na doutrina brasileira, VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo (org.). *Processos Estruturais*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

¹⁸ A respeito das medidas ligadas ao sistema prisional, ver, *passim*, DICK, Rebecca P. Prison reform in the federal courts. *Buffalo Law Review*, v. 27, n. 1, p. 99-138, 1977. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol27/iss1/7/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

¹⁹ Descrevendo a medida, EISENBERG, Theodore. YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*. Cambridge, v.93. p.470-471.

ser descolado de sua pronta proteção²⁰. Para o presente tópico, o mais importante é notar que também nesse caso não houve maior digressão a respeito de se estar ou não conduzido um “processo estrutural”.

Por fim, o mesmo raciocínio poderia ser repetido para situações angulares e pioneiras inseridas nessa quadra na realidade brasileira, como a denominada Ação Civil Pública do Carvão²¹ ou a medida coletiva patrocinada pelo Ministério Público do Trabalho tendo como fundo a contratação irregular de prestadores de serviço no âmbito do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná²². Os dois casos, explorados com maior ênfase em outras oportunidades, possuem esse mesmo fio condutor como traço comum: em *ambos* foi reconhecida a necessidade de uma efetivação gradual e prospectiva do direito; em *ambos*, também, isso ocorreu por se

²⁰ CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the Burger Court. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 1, p. 1-311, Nov. 1982.

²¹ Em termos breves, a disputa possuiu como pano de fundo a intervenção de mineração de carvão realizada na área de Criciúma/SC. Em 1993, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública junto à Justiça Federal de Criciúma, pretendendo impor às réus (mineradoras e a União, perfazendo um total de 24 réus) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração. Ocorre que, em sede de execução, a complexidade da matéria – e da efetivação do comando sentencial – recomendou que o cumprimento se desdobrasse em várias fases, posteriormente desdobradas também em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado. Nesse sentido, em um primeiro momento (particularmente entre os anos de 2000 e 2004) foram levantadas informações a respeito da extensão e das características do problema. Após (especialmente em 2004 e 2005) consolidou-se a elaboração de planos e de projetos voltados a permitir a intervenção no bioma. Somente na sequência, e com um traço inevitável de experimentalismo, passou-se à adoção de providências interventivas voltadas à recomposição. Ver, sobre o tema, ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20Sérgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

²² Tratava-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se buscava a extinção dos contratos de pessoal terceirizado que trabalhava junto ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná. No entender da Procuradoria do Trabalho, a terceirização dos serviços (de enfermagem e de farmácia) ofendia as regras trabalhistas, de modo que tais contratos deveriam ser rescindidos. Segundo a Universidade Federal do Paraná, porém, a extinção imediata de tais contratos inviabilizaria as atividades do hospital universitário – que também é o principal responsável pelo atendimento ao SUS no Paraná – porque aquele pessoal representava aproximadamente a metade dos trabalhadores das áreas de enfermagem e farmácia disponíveis. Obviamente, uma solução que se limitasse a aplicar a legislação trabalhista e extinguisse os contratos de terceirização poderia ser correta do ponto de vista formal, mas certamente traria consequências nefastas para a gestão da saúde pública (especialmente em favor das pessoas mais pobres) no Paraná, já que tais vagas não seriam repostas de imediato por servidores públicos concursados. De outro lado, uma sentença que se negasse a extinguir tais contratos poderia ser vista como incorreta, do ponto de vista da legislação laboral. A solução adotada, então, pelo Juiz do Trabalho responsável pela demanda, Dr. Leonardo Wandelli, foi compor um acordo de longo prazo entre as partes, estipulando metas de “substituição” dos terceirizados por servidores públicos. Nos termos da conciliação, a Universidade demitiria os terceirizados à medida que conseguisse vagas para concursos públicos (para os mesmos postos); ademais, a cada dois anos, as partes deveriam reunir-se em juízo para avaliar a progressão dessa “substituição”. Assim, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

tratar, pragmaticamente, da melhor via para garantir essa tutela. A resposta veio do Judiciário, sendo posteriormente absorvida pela teoria, e não o contrário.

Assim, a partir desse arcabouço, a primeira nota aqui apresentada pode ser sintetizada nos seguintes termos: se o processo estrutural decorre da realidade e das suas necessidades, tende a ser deletério que a doutrina ou a lei busquem delimitar indevidamente seu conteúdo. Sem dúvidas, é necessário compreender suas características para, a partir delas, burilar o seu procedimento e torná-lo mais legítimo e adequado²³. Isso, contudo, sem restringir indevidamente ou minimizar seu uso.

2.2 Adequado ou necessário: o processo estrutural e os desafios da realidade brasileira

As considerações acima levam a uma segunda nota igualmente essencial. Se o processo estrutural corresponde a um produto da prática, por qual motivo sua formação ocorreu? O que levou o Judiciário a agir de maneira mais dúctil e progressiva, desafiando o pensamento ortodoxo do processo civil?

A resposta a essas interrogações nos parece dialogar com uma premissa honesta e pragmática: a tutela estrutural foi casuisticamente empregada por se mostrar um meio *mais adequado* ou mesmo *necessário* para permitir a proteção de direitos. Dessa forma, sua construção buscou permitir que a função jurisdicional fosse desempenhada do modo mais adequado possível – maximizando sua efetividade em algumas áreas e permitindo seu alcance em outras.

Esse elemento pode ser compreendido com clareza ao observarmos o comum emprego do processo estrutural para permitir uma melhor participação do Judiciário em políticas públicas. Como já reconhecido de modo vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, o diálogo entre as peças é extremamente afinado – fazendo com que possam ser harmonicamente compostas em um mesmo quebra-cabeças²⁴. Na exata dicção da Corte, estabelecida em sede de repercussão geral (Tema 698), por ocasião do julgamento do RE n. 684612 (de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso):

²³ Com esse enfoque, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**.

²⁴ Ainda que, como será enfatizado ao longo do ensaio, esse acoplamento não seja indispensável. Em outras palavras, ainda que o processo estrutural possa servir para a atuação judicial em políticas públicas, ele não se volta exclusivamente a esse fim.

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

Por qual motivo, contudo, há aqui uma funcionalidade capaz de justificar o fomento ao processo estrutural? O que faz com que o mecanismo se mostre a melhor alternativa para a participação jurisdicional nessa seara?

Por mais que o problema não possa ser aqui aprofundado, é certo que um dos temas mais recorrentes no debate acadêmico brasileiro posterior à Constituição de 1988 tem sido, precisamente, o cabimento e os limites da atuação judicial em sede de políticas públicas²⁵. Para os presentes propósitos, é suficiente extrair duas premissas ligadas a esse ponto: (i) o debate é realmente pertinente, devendo merecer especial atenção; mas, (ii) sem prejuízo dessa relevância, é inequívoco que essa participação *já vem ocorrendo reiteradamente ao longo das últimas décadas*. Isso, porém, por caminhos precários e muitas vezes insuficientes. Como consequência, o processo estrutural pode oferecer uma *melhor alternativa* para essa atividade.

Realmente, não é exagero afirmar que, sem a ampliação de olhares trazida pelo processo estrutural, a participação judicial em políticas públicas costumava ocorrer de modo essencialmente irresponsável e insuficiente. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuavam nesses processos agiam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle eram manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais quanto o processo coletivo, em sua visão mais ortodoxa e comum na nossa doutrina²⁶, mostravam-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.

²⁵ Sobre o tema, ver, em sede comparada, por exemplo, SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. TUSHNET, Marc V. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, c2008. FISS, Owen. **The Law as it could be**.

²⁶ Ressalta-se que essa leitura ortodoxa e tradicional é amplamente criticada pelos presentes autores, propondo-se um realinhamento amplo da compreensão do processo coletivo. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Os processos individuais, certamente, por sua própria finalidade, não se afeiçoam a esse debate. O recorte que promovem no conflito – que passa a ser trazido apenas na pretensão deduzida pelo autor em face do réu – faz com que toda discussão de política pública se converta em um simples debate entre um “direito subjetivo” de determinado indivíduo frente ao Estado. Tome-se o exemplo das ações de medicamentos – frequentes no âmbito jurisdicional atual – nas quais algum sujeito específico pretende, com base no direito fundamental à saúde, a concessão de certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada pelos órgãos públicos que regulam o setor. Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a um indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz-se o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor).

Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples, e sua solução evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Como descrito em sede acadêmica por Luís Roberto Barroso:

aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão²⁷.

Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que aquilo que está em jogo é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país. E, pior, ao condicionar a distribuição desses recursos a partir do ajuizamento das ações individuais, faz com que eles sejam alocados segundo: (i) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses;

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, v. 9, n. 46, p. 34, nov./dez. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 17 jun.2024.

(ii) a anterioridade do exercício do direito de ação; (iii) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos). Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições “menos desfavoráveis” e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública.

Por outro lado, caso concebidas de modo ortodoxo e tradicional, as ações coletivas também não dariam conta do problema. Isso porque, de maneira equivocada, é comum que a tutela coletiva brasileira seja resumida a um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade. Com isso, não se permite suficientemente à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-vozes de um grupo, defender os seus interesses²⁸. Além disso, parte-se de uma dinâmica de antagonismo *bipolarizado*²⁹, muitas vezes incompatível com esse setor.

Não bastasse, há circunstâncias nas quais o emprego dos processos estruturais não é apenas o caminho *mais adequado*, mas mesmo o *único possível* para permitir a tutela dos direitos. Isso se dá, especialmente, em situações nas quais a resposta para o problema se insere em sistemas complexos – marcados pela imprevisibilidade de eventuais alterações futuras³⁰. Nessa espécie de campo, sequer há como construir alguma forma de enfrentamento que não seja prospectiva e maleável, o que torna a atividade estrutural do processo uma peça *sine qua non*.

Esse raciocínio pode ser bem compreendido a partir do exame de diferentes disputas de fundo ambiental. Além da já mencionada Ação Civil Pública do Carvão, há exemplos recentes fornecidos pela propositura de medidas estruturais voltadas à despoluição da Lagoa da Pampulha, em Belo Horizonte/MG³¹, e da Lagoa da Conceição, em Florianópolis/SC³². É interessante notar como, em todas

²⁸ Criticando essa limitação, e defendendo alternativas para o seu aprimoramento, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**.

²⁹ O termo bipolar designa processos que se desenvolvem sob a base de duas teses contrapostas (do autor e do réu), de modo que a solução deva pender necessariamente para uma ou outra. Ver, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1282, May 1976. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

³⁰ Esmiuçando essa “complexidade”, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**.

³¹ Ver, nesse sentido, BELO HORIZONTE. Prefeitura. Procuradoria-Geral do município processa Copasa por esgoto na Lagoa da Pampulha. **Prefeitura de Belo Horizonte**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/procuradoria-geral-do-municipio-processa-copasa-por-egoto-na-lagoa-da-pampulha>. Acesso em: 17 jun. 2024.

³² Ver, por todos, UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Programa de Pós-Graduação em Direito. Decisão da justiça federal inédita protege valores sistêmicos da Lagoa da Conceição: ação civil pública estrutural do

essas hipóteses, a lesão ao direito difuso já se encontrava arraigada e consolidada. Como consequência direta, pairava uma nuvem de dúvida quanto à possibilidade e à dimensão que uma eventual reparação poderia atingir. O resultado era problemático: diante da *ausência de instrumentos disponíveis* para uma correção efetiva, o problema era muitas vezes colocado em um *corner* estranho ao processo³³.

Com o processo estrutural, porém, há uma ampliação sensível no dicionário da disciplina, permitindo também a dilatação de sua atuação. Por mais que a correção possa não atingir plenitude e que a intervenção exija um elevado traço de experimentalismo, é preciso adotar algum ponto de início e buscar a máxima proteção possível. E essa nova via processual é capaz de se prestar a essa missão.

2.3 All deliberate speed: o processo estrutural e seu sabor agridoce

A partir dos parágrafos anteriores, não há dúvidas de que um elemento comum aos processos estruturais é a sua proteção *progressiva e gradual*. Como reconhecido de forma pioneira por Abram Chayes, surge aqui a já citada cisão entre *right* e *remedy*; entre o reconhecimento de um direito e a adoção de medidas voltadas a permitir sua concretização³⁴. Muitas vezes, há um caminho caracterizado por aquilo que se denominou de decisões em *cascata*: primeiramente, reconhece-se a necessidade de que o bem jurídico seja tutelado; apenas após, de modo gradativo, são proferidos novos atos ou comandos orientados a esse fim.

Em nosso entendimento, esse aspecto revela uma terceira nota imprescindível para o aprimoramento e a funcionalidade da matéria. Em resumo, por mais que essa lógica prospectiva e paulatina possa ser indispensável ou adequada, ela fará com que, para alguns, o processo estrutural possa ter um *evidente sabor agridoce*; a tutela estrutural possa, em última análise, representar uma *ausência de tutela*. Afinal, efetivar um direito de maneira futura é, pela via reversa, reconhecer que *hoje* ele não será plenamente concretizado.

GPDA e pesquisadores da UFSC. **PPGD**, 13 jun. 2021. Disponível em: <https://ppgd.ufsc.br/2021/06/13/acao-civil-publica-estrutural-acp-iniciativa-do-grupo-de-pesquisa-em-direito-ambiental-e-ecologia-politica-na-sociedade-de-risco-gpdauusc/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

³³ Nesse sentido, OSNA, Gustavo. Nem “Tudo”, Nem “Nada” – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

³⁴ CHAYES, Abram. **Foreword**: public law litigation and the Burger Court.

Partindo desse ângulo, aceitar uma medida estrutural voltada à criação de vagas em creche em determinado município fará com que haja crianças que *seguirão*, por determinado período, sem acesso ao sistema educacional; consolidar providências estruturais para garantir maior acessibilidade a estações de transporte público fará com que, por determinado, haja indivíduos que *seguirão* impossibilitados de ingressar em tais estações. Os exemplos são muitos, e a conclusão leva ao mesmo gargalo: ao se postergar para um *ponto futuro* a proteção de um direito, são abertas as portas para a sua negativa no presente.

Um exemplo que ilustra com clareza essa questão é fornecido pelo caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, apreciado pelo Judiciário sul-africano cerca de duas décadas e meia atrás. Nessa oportunidade, a Corte Constitucional foi confrontada com a eventual negativa então conferida ao art. 26 da Constituição da África do Sul, o qual impõe ao Poder Público a incumbência de garantir moradia à comunidade. Em poucas palavras, o Tribunal examinava o pleito de um grupo de pessoas despejadas de ser atendido por um programa habitacional para necessitados. Nessa oportunidade, considerou-se que o programa em questão seria inconstitucional, por não contemplar situações como a dos demandantes. Do mesmo modo, determinou-se ao Executivo que criasse um plano para a tutela do direito desses atores marginalizados.

A partir desse pano de fundo, porém, o problema aqui posto assume natureza viva. Afinal, a determinação de que medidas *prospectivas* fossem adotadas para garantir o direito à moradia não fez com que, em um primeiro momento, esse direito não continuasse sendo sonogado. Para os sujeitos despejados, assim, a negativa de proteção persistiu – embora passasse a ser acompanhada por uma promessa projetada para o futuro. Ainda aqui, é interessante notar que, devido à insuficiência do cenário e à morosidade em sua correção, não tardou para que o tema voltasse à apreciação do Judiciário sul-africano (em medidas como *Olivia Road v. City of Johannesburg*)³⁵.

Consideramos que esse tempero é indissociável do processo estrutural. É necessário entendê-lo para que, materialmente, possa-se sempre buscar a sua atenuação. E uma chave teórica importante para esse fim é dada pelo próprio caso *Brown*: ali, ao mesmo tempo em que se reconheceu a prospectividade da proteção do

³⁵ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Ainda, REIS, Ludmila Costa. **Processo coletivo extrajudicial**: a construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas. 2018. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B5CN2T>. Acesso em: 17 jun. 2024.

interesse, fez-se constar que as providências orientadas a esse fim deveriam assumir o *maior grau de celeridade possível*; deveriam ser praticadas, na exata expressão posta, com “*all deliberate speed*”.

Ora, não se questiona que o conceito é poroso. De todo modo, consideramos que, a partir dele, cria-se uma importante fonte de alerta para o processo estrutural e para a sua efetivação: ainda que não se possa perder de vida a realidade e as suas condições sociais e estruturais, é necessário conferir a maior agilidade possível para a consolidação do comando. Trata-se de compromisso indispensável, cuja eticidade é reforçada ao perceber-se que, como dito, a proteção *futura* tende a representar uma desproteção *presente*.

A ressalva é essencial para evitar que o processo estrutural possa flertar com um “*risco moral*”³⁶. Se foi descrito no tópico anterior que por meio dessa técnica é permitida a atuação judicial em problemas que antes se colocavam no ponto-cego do processo, é imprescindível que essa atuação disponha da *maior efetividade* possível. Somente assim a técnica pode atuar de maneira adequada e cumprir seu (rico) feixe de funções.

2.4 Público ou privado: o processo estrutural como técnica geral de processo

Uma quarta nota merecedora de atenção possui como pano de fundo o próprio campo de atuação dos processos estruturais. Aqui, vale firmar algumas premissas para a compreensão do problema: (i) por mais que a dissociação entre o direito *público* e o direito *privado* seja hoje amplamente problemática³⁷; (ii) é comum a suposição de que o processo estrutural se destinaria exclusivamente à primeira seara. Por força dessa leitura, a técnica não raramente é descrita como se fosse orientada unicamente à participação judicial em políticas públicas, ou como se desafiasse, *de per si*, a atual moldura da separação de poderes estatais³⁸.

³⁶ Explicando o conceito, OSNA, Gustavo. **Nem “tudo”, nem “nada”**: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos.

³⁷ Nesse sentido, SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.79-80. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 345 e ss.

³⁸ Ver ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: processos estruturais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 47, n. 331, p. 239-259, set. 2022. Disponível em: <https://www.>

Acreditamos que essa premissa é bastante equivocada. Na realidade, a partir da leitura mais prática aqui defendida, fica claro que os processos estruturais podem servir como uma *técnica amplamente disponível ao Judiciário*. Seu uso seria oportuno sempre que o cenário fático assim recomendasse, tratando-se ou não de política pública.

Há, em nossa prática, diferentes situações que podem ser mencionadas para demonstrar essa aplicabilidade. Como exemplo, é possível identificar a atuação estrutural fixada, mediante acordo superveniente à propositura de ação coletiva, para adoção de medidas prospectivas de inclusão racial pela sociedade Carrefour. Também, é visível a dinâmica estrutural das medidas fixadas em face da companhia Zara como forma de recomposição de seus postos e regimes de trabalho após persecuções ligadas a esse ponto. Ainda, caberia sublinhar tutela imposta em face da sociedade Braskem, tendo como pano de fundo o abalo à moradia causado na região da Lagoa Mundaú, no município de Maceió/AL, devido à sua atividade de exploração de sal-gema³⁹.

Ora, em todos esses casos se observa, de modo comum, que o processo estrutural serviu como instrumento para viabilizar a concretização de direitos fundamentais no contexto de atividades eminentemente privadas.

É certo que, diante disso, surgem novos debates e pontos de discussão (como a própria dimensão de exigibilidade e de oponibilidade de tais interesses nesse setor). De todo modo, extrai-se de cada um deles que pensar no uso de técnicas estruturais no âmbito do processo é pensar em uma realidade que extrapola o debate ligado a políticas públicas. Trata-se de caminho provido de aptidão bastante mais significativa.

Observando a realidade brasileira, é interessante notar que, como exemplo, tem sido cada vez mais comum a percepção de que o processo de recuperação judicial corresponde a um verdadeiro processo estrutural⁴⁰. E é sob esse ângulo que se

thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/repro-331-desmistificando-os-processos-estruturais-processos-estruturais-e-separacao-de-poderes.pdf . Acesso em: 18 jun. 2024.

³⁹ Cada um desses exemplos é explicado com vagar em ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**.

⁴⁰ Ver nesse sentido, exemplificativamente, FLORENTIN, Luis Miguel Roa. **Processo civil coletivo e recuperação judicial**: uma aproximação entre a teoria geral do processo e a Lei 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2023. BAGGIO, Marcelo. **Recuperação judicial como processo estrutural**: uma proposta de aproximação dos temas. Prefácio: João Pedro Scalzilli. Londrina: Thoth, 2023. (Coleção litigância estratégica e complexa; 5). FABRO, Daniela. **A recuperação judicial como um processo estrutural**: uma análise sob o viés da participação dos credores. Prefácio: Eduardo Scarparo; apresentação: João Pedro Scalzilli. Londrina: Thoth, 2024. (Coleção litigância estratégica e complexa; 9).

torna indispensável perceber que, também aqui, é preciso que a atividade desenvolvida em juízo acompanhe as peculiaridades e as exigências da realidade. Do mesmo modo, Alexandre Câmara, em recente estudo, propõe também que se compreenda a dinâmica estrutural de medidas inseridas no âmbito do direito de família – evidenciando, com isso, a amplitude que pode permear o uso da técnica⁴¹.

Como dito, esse pano de fundo também desconstrói um dos mitos mais comuns no debate da matéria: o fato de os processos estruturais, em alguma medida, ferirem a atual dinâmica de separação de poderes estatais; de, por algum motivo, representarem espécie indevida de *ativismo* judicial⁴².

Ora, o raciocínio nos parece equivocado por diferentes motivos. Em termos breves e pontuais: (i) os processos estruturais não recomendam ou autorizam que o Judiciário atue em determinada seara. Esse, aliás, sequer é um problema centrado no direito processual; (ii) na verdade, a técnica somente oferece um caminho efetivo para que essa participação, se exigida e justificada, ocorra mais legitimamente; e, (iii) não bastasse, seu emprego é cabível em circunstâncias que sequer estão inseridas no arranjo do Estado. Por qualquer dos ângulos, percebe-se a importância de que se atribua ao tema a plasticidade que seu próprio pragmatismo requer.

2.5 Diferentes problemas, diferentes soluções: o processo estrutural e sua racionalidade

Por último, as considerações trazidas até aqui justificam uma nota final: com base em tudo o que foi dito, conclui-se que o processo estrutural pode ser aplicado em situações bastante diversas, marcadas por características que também não coincidem. Isso quer dizer que os *problemas estruturais* nem sempre serão iguais. Como consequência, o *processo* destinado ao seu tratamento também deverá ser dúctil e maleável.

Ora, seguramente, não há como se equiparar a situação de uma companhia que *não desejaria despoluir*, mas que se vê confrontada com debate judicial ligado a esse ponto, com a de um gestor público que *desejaria construir vagas ilimitadas em*

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. *Revista de Processo*, v. 48, n. 338, p. 277-298, abr. 2023. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2023/04/Processo-reestruturante-familia.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

⁴² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Desmitificando os processos estruturais*: “processos estruturais” e “separação de poderes”.

creches, mas que se depara com limitações orçamentárias; não há como se justapor uma disputa ligada à melhoria do sistema prisional (complexa, mas com resposta jurídica clara e definida) com debates ligados a temas mais porosos (como a alocação de recursos da Administração).

Em termos práticos, diante disso, há processos estruturais que devem exigir uma condução mais dialógica do que outros, por estarem inseridos em ambientes com maior policentrismo e necessidade de diálogo; há processos estruturais que devem exigir uma execução mais descentralizada e coparticipativa do que outros, vez que orientados a proteger situações fáticas mais imprevisíveis e desconhecidas⁴³; há, enfim, uma necessidade constante de que a realidade seja encartada de maneira minuciosa pelos atores envolvidos na disputa, para permitir que o melhor desenho resolutivo possível seja alcançado.

Considerando-se esse pano de fundo, ao encarar o processo civil a partir de uma lógica weberiana, é fácil constatar que os processos estruturais exigem que a racionalidade *formal* (tradicional na disciplina) ceda espaço para uma racionalidade *material* (dedicada a investigar as circunstâncias específicas da realidade)⁴⁴. O movimento, aliás, sequer é exclusividade desse campo – sendo hoje amplamente admitido art. 139 do Código de Processo Civil, em diferentes momentos.

Com base nesse raciocínio, a condução adequada do processo estrutural pressupõe que haja, por parte do julgador, poderes gerenciais compatíveis com o objetivo proposto. Entra em cena a importância da customização, compreendendo-se que o procedimento padrão, muitas vezes, pode não fazer frente às exigências inerentes ao caso concreto. No ponto, frisa-se que não se desconhece que a rigidez de um procedimento previamente disciplinado pelo legislador tem por finalidade garantir maior segurança e previsibilidade ao resultado das atividades processuais⁴⁵. Todavia, considerando que o Estado “*não é capaz de prever e criar abstratamente procedimentos*

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**.

⁴⁴ Ver, por todos, WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darcí Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

adequados para todas as situações da vida”,⁴⁶ a adaptação se mostra elementar. E os processos estruturais são, em ampla medida, *fruto* desse percurso e *dependentes* de sua consolidação: não há como acertar processualmente um problema estrutural sem permitir que o processo absorva suas características e possa, a partir delas, criar as necessárias janelas de diálogo, de participação e de cognição.

Do mesmo modo, esse raciocínio também impacta a efetivação do provimento estrutural. Por mais que o tema não possa ser aqui esgotado⁴⁷, é certo que essa consolidação, em muitas oportunidades, não irá encontrar na solução adjudicada a sua melhor alternativa. Do mesmo modo, é imprescindível que o Judiciário possa se cercar de atores qualificados e pertinentes para o aprimoramento do bem jurídico⁴⁸. Isso, inclusive, esvazia uma das ressalvas mais comumente dirigidas aos provimentos estruturantes – ligada a uma possível ausência de *capacidade institucional* do Judiciário para atuar nessa frente⁴⁹.

Realmente, é preciso lembrar que todo processo de conhecimento almeja um momento em que se espera a aplicação do Direito ao caso, de modo a “solucionar” a controvérsia posta à análise judicial. O processo estrutural, porém, trabalha com lógica um pouco diversa: embora seja importante o momento do “pronunciamento judicial”, não é ele o ápice da prestação jurisdicional. Aliás, muito comumente, sequer será possível dizer que há um único pronunciamento a ser prestado pelo órgão jurisdicional nesse campo processual.

Como já indicado, em razão das próprias características do problema estrutural, é muito provável que a reforma institucional seja realizada através de várias *decisões em cascata*, que se sucederão na identificação do problema e na apresentação de possíveis respostas. Assim, é típico das medidas estruturais que se profira uma primeira decisão,

⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>. Acesso em: 18 jun. 2024.

⁴⁷ Ver, sobre o tema, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**.

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38509246/Entidades_de_Infraestrutura_Especificada_para_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Coletivos_Claims_Resolution_Facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil. Acesso em: 18 jun. 2024.

⁴⁹ Ver, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: “processos estruturais” e “capacidades institucionais”. **Revista de Processo**, v. 47, n. 332, p. 205-224, out. 2022.

que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e de questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida⁵⁰.

Como afirma Owen Fiss⁵¹, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos problemas estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Logo, considerando-se a possibilidade do entrelaçamento de várias formas diferentes de soluções para um problema estrutural, é possível que um só processo contenha diferentes técnicas em diferentes arranjos em cada um dos feitos.

Além disso, é sempre importante lembrar que os problemas estruturais requerem respostas prospectivas. A solução do caso estrutural não deve preocupar-se tanto com a recomposição de prejuízos, não sendo o veículo adequado para a “restituição das coisas ao seu estado anterior”, tal como frequentemente ocorre com o processo tradicional. Aqui, a intenção é *alterar certo estado de coisas* e, por isso, as medidas estruturais miram o futuro, buscando alterar os comportamentos ou a situação existente, de modo que no futuro as coisas possam progressivamente encontrar patamar mais ajustado ao Direito. Por isso, tem-se aqui uma *cadeia de decisões* (ou de soluções) que se somam, para conceber mudanças que sejam importantes e, depois, realizar ajustes finos para que aquelas mudanças sejam implementadas. Há, então, um envolvimento direto das partes e da estrutura judicial com uma “zona de solução do problema”, tendente a obter as modificações desejadas. Veja-se a lição de Chayes:

a decisão procura adequar um comportamento futuro, e não reparar prejuízos do passado. De modo deliberado, ela é mais desenhada do que extraída da natureza de eventuais danos experimentados. Ela prescreve um regime de efetivação complexo e contínuo, e não uma transferência simples e imediata. Por fim, ela é prolongada e profunda, não finalizando o envolvimento do Judiciário na disputa⁵².

⁵⁰ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. p. 36.

⁵¹ DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2.nd. ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993. p. 642.

⁵² No original, “the decree seeks to adjust future behavior, not to compensate for past wrong. It is deliberately fashioned rather than logically deduced from the nature of the legal harm suffered. It provides for a complex, on-

É partindo desse ângulo que acreditamos ser possível imaginar a existência de três diferentes maneiras de impor reformas institucionais: as formas consensuais, as soluções adjudicadas e os mecanismos dialogados (de implantação delegada)⁵³. Logicamente, dada a possibilidade, como dito acima, de várias “decisões” ao longo do processo, é viável que tais formas de solução se sucedam ou se misturem em vários momentos diversos, criando uma verdadeira teia de decisões no curso de todo o processo. Nesse fluxo, muito provavelmente, não haverá situação em que *apenas um desses modelos* incidirá, nem haverá dois casos que reclamarão a mesma forma de solução⁵⁴. A coexistência, então, é elemento essencial para a funcionalidade da atividade processual.

Em termos práticos, isso quer dizer que esse *mix* de técnicas disponíveis deverá ser articulado às circunstâncias concretas – gerando um caminho criativo que deverá ser sempre customizado. Como consequência, pensar no *processo estrutural*, na realidade, acaba correspondendo a pensar em *processos estruturais*. O vocábulo conduz a uma leitura necessariamente plural, capaz de reconhecer sua diversidade e seu dinamismo. Somente com isso será possível que o campo desenvolva de maneira plena toda a sua potencialidade, contribuindo de modo crescente para o nosso sistema de justiça.

3. Conclusão

O presente ensaio expôs cinco notas críticas ligadas aos processos estruturais que, em nosso entendimento, são capazes de contribuir significativamente para o amadurecimento da matéria. Por meio de cada uma delas, fomentam-se novas reflexões orientadas à eficácia e à efetividade dessa via processual.

Como *primeira nota*, destacou-se que o processo estrutural é fruto de um trabalho prático e pragmático desempenhado pelos Tribunais. Por esse motivo, parece caber à doutrina o seu refinamento e o seu burilamento, mas não a imposição de eventuais limites e entraves providos de propósito conceitual. Em outras palavras, se a técnica é fruto da realidade e foi desenvolvida de maneira instintiva para uma melhor atuação jurisdicional, é indispensável que todo debate teórico ou normativo existente nesse campo se cerque dessa cautela. Buscar definições restritas de

going regime of performance rather than a simple, one-shot, one-way transfer. Finally, it prolongs and deepens, rather than terminates, the court's involvement with the dispute” CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. p. 1298.

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*.

⁵⁴ HOROWITZ, Donald H. *The courts and social policy*. Washington: Brookings Institution, c1977. p. 33.

“processo estrutural” ou de “problema estrutural” pode representar um caminho contraproducente para a máxima efetividade desse campo, criando barreiras indevidas para o seu florescimento.

Como *segunda nota*, enfatizou-se que o surgimento dos processos estruturais, na linha desse pragmatismo, possuiu uma evidente justificativa funcional. Seu uso se fez necessário pelo fato de essa via, em inúmeras oportunidades, representar a melhor (ou mesmo a única) forma de atuação judicial. Nosso sistema jurídico, ao longo de décadas, conviveu com situações de negativa de direitos que não encontrariam resposta satisfatória no processo civil tradicional. Na realidade, em inúmeras situações, acabava se formando uma variável dicotômica, inconsistente em qualquer uma das suas pontas: ou a ausência de técnica levava a uma inação do processo (com a conseqüente manutenção da desconformidade) ou se buscava uma proteção individual e dispersa (muitas vezes, globalmente indesejada). Por meio do processo estrutural, então, amplia-se e qualifica-se o campo de atuação do direito processual.

Como *terceira nota*, sublinhou-se que a natureza prospectiva e gradual que costuma marcar a efetivação das decisões estruturais pode trazer, para alguns, um sabor *agridoce*. Isso porque a tentativa de correção *futura* de uma negativa de direitos faz com que, no *presente*, essa desproteção siga ocorrendo. De maneira exemplificativa, pensar na construção progressiva de leitos de hospitais fará com que, hoje, esses leitos não estejam disponíveis; impor uma melhoria cascadeada do sistema prisional ocasionará, como consequência direta, o fato de seguir pairando uma nuvem de injustiça ao longo da execução do plano. Embora a técnica seja indispensável, os dois lados da sua moeda também costumam ser inevitáveis. Como consequência, é preciso garantir que o fluxo de proteção seja permeado da maior agilidade e da maior presteza possíveis.

Como *quarta nota*, ressaltou-se que, diversamente do que é muitas vezes entendido, os processos estruturais não correspondem a uma técnica vocacionada exclusivamente à judicialização de políticas públicas. Por mais que esse campo seja propício ao seu emprego, o mecanismo deve ser lido como uma ferramenta amplamente disponível no palco processual, podendo, por isso, ser utilizado em medidas de conteúdo e de propósito bastante diversos. De maneira exemplificativa, tem avançado a defesa de que seus postulados podem servir como parâmetros gerais para medidas recuperacionais e falimentares – por permitir que se agregue a esses campos elementos como o dinamismo e a prospectividade em dimensão antes inexistente. Ainda, mesmo em debates como aqueles ínsitos à área de direito de família, a mentalidade do processo estrutural tem sido vista como desejada. Tudo isso ratifica a amplitude de seu possível campo de atuação, devendo repelir leituras restritivas.

Por último, como *quinta nota*, argumentou-se que a diversidade de problemas que podem ser enfrentados por meio do processo estrutural faz com que essa forma de atuação deva ser plástica e flexível. Se cada problema estrutural possui suas próprias necessidades e características, é indispensável que a atuação processual se adeque a esses fatores – demonstrando a necessidade de que se entenda, no plural, a existência de inúmeros processos estruturais. É plenamente possível imaginar que um problema estrutural se mostre marcado por um ambiente mais multipolar do que outro. Do mesmo modo, é viável que, em diferentes situações, a proteção do direito se mostre mais ou menos complexa ou assuma ares mais ou menos conflituosos. Essa diversidade deve impactar de maneira sensível na formação do rito processual, assegurando a sua ductibilidade. Elementos como a abertura dialógica, os meios de participação ou as técnicas de efetivação, nem sempre, deverão assumir conformação idêntica e uniforme.

Cada um desses aspectos busca oferecer novas luzes ao debate ligado ao tema. Como dito, sua natureza recente e seus traços heterodoxos fazem com que, inevitavelmente, parem nuvens de incerteza ao seu redor. Contudo, seu propósito virtuoso e sua potencialidade justificam que essa penumbra seja enfrentada, fazendo com que seu uso – já pujante na realidade brasileira – siga contribuindo para o nosso ambiente social.

Referências

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 17 jun.2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: “processos estruturais” e “capacidades institucionais”. **Revista de Processo**, v. 47, n. 332, p. 205-224, out. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: processos estruturais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 47, n. 331, p. 239-259, set. 2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/repro-331-desmistificando-os-processos-estruturais-processos-estruturais-e-separacao-de-poderes.pdf>. Acesso em: 18 jun.2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no projeto do CPC: aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza (orgs.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BAGGIO, Marcelo. **Recuperação judicial como processo estrutural: uma proposta de aproximação dos temas**. Prefácio: João Pedro Scalzilli. Londrina: Thoth, 2023. (Coleção litigância estratégica e complexa; 5).

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 31-62, nov./dez. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 17 jun.2024.

BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. **Processos estruturais em matéria previdenciária: por uma releitura das intenções travadas entre o judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social**. Prefácio: Marco Aurélio Serau Junior. Londrina: Thoth, 2023.

BELO HORIZONTE. Prefeitura. Procuradoria-Geral do município processa Copasa por esgoto na Lagoa da Pampulha. **Prefeitura de Belo Horizonte**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/procuradoria-geral-do-municipio-processa-copasa-por-egoto-na-lagoa-da-pampulha>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BOCHENEK, Antônio Cesar (coord.). **Demandas estruturais e litígios de alta complexidade**: casos práticos analisados no mestrado da Enfam. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de processos estruturais complexos – NUPEC. **Portal STF**, 17 maio 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 17 jun. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38509246/Entidades_de_Infraestrutura_Especificada_para_Solu%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Coletivos_Claims_Resolution_Facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil. Acesso em: 18 jun.2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**. v. 48, n. 338, p. 277-298, abr. 2023. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2023/04/Processo-reestruturante-familia.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (Orgs.). **Processos Estruturais no Sul Global**. Editora Thoth, 2022.

CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 96, n. 1, p. 1-311, Nov. 1982.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

COTA, Samuel Paiva. **Do pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. (Coleção direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise; 29).

DICK, Rebecca P. Prison Reform in the Federal Courts. **Buffalo Law Review**, v. 27, n. 1, p. 99-138, 1977. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol27/iss1/7/>. Acesso em: 17 jun.2024.

DOBBS, Dan B. **Law of remedies**: damages, equity, restitution. 2.nd. ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 465-517, Jan. 1980.

FABRO, Daniela. **A recuperação judicial como um processo estrutural: uma análise sob o viés da participação dos credores**. Prefácio: Eduardo Scarparo; apresentação: João Pedro Scalzilli. Londrina: Thoth, 2024. (Coleção litigância estratégica e complexa; 9).

FISS, Owen M. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, c1978.

FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 29 fev. 2024.

FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, c2003.

FLORENTIN, Luis Miguel Roa. **Processo civil coletivo e recuperação judicial: uma aproximação entre a teoria geral do processo e a Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

GAJARDONI, **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>. Acesso em: 18 jun. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

HOROWITZ, Donald H. **The courts and social policy**. Washington: The Brookings Institution, c1977.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the civil rights movement: abridged edition of From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality**. New York: Oxford University Press, 2007.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, v. 44, n. 289, p. 423-448, mar. 2019.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural**: litígios e comportamento das cortes. Prefácio: Cristhian Magnus de Marco. Londrina: Thoth, 2021. (Coleção litigância estratégica e complexa; 1).

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**: RDA, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix.; OSNA, Gustavo (Orgs.). **Processos estruturais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

PATTERSON, James T. **Brown v. Board of Education**: a civil rights milestone and its troubled legacy New York: Oxford University Press, 2001.

REIS, Ludmila Costa. **Processo coletivo extrajudicial**: a construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B5CN2T>. Acesso em: 17 jun.2024.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Prefácio: Daniel Sarmento; apresentação: Juraci Mourão Lopes Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

STEFFENS, Luana. **Processo estrutural, cultura e jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TUSHNET, Marc V. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, c2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Programa de Pós-Graduação em Direito. Decisão da justiça federal inédita protege valores sistêmicos da Lagoa da Conceição: ação civil pública estrutural do GPDA e pesquisadores da UFSC. **PPGD**, 13 jun. 2021. Disponível em: <https://ppgd.ufsc.br/2021/06/13/acao-civil-publica-estrutural-acp-iniciativa-do-grupo-de-pesquisa-em-direito-ambiental-e-ecologia-politica-na-sociedade-de-risco-gpdaufsc/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 3 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2020.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.



Processo estrutural e justiça multiportas¹⁻²

Structural process and multidoor courthouse system

Proceso estructural y sistema de justicia multipuertas

Fredie Didier Junior³

Universidade Federal da Bahia (Salvador, BA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9870-7191>

E-mail: frediedidier@gmail.com

Leandro Fernandez⁴

Faculdade Baiana de Direito (Salvador, BA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4179-6116>

E-mail: fernandez.leandro@hotmail.com

Resumo

O artigo apresenta os processos estruturais sob a perspectiva do sistema brasileiro de justiça multiportas, analisando a existência de processos estruturais em âmbito extrajudicial e de instrumentos de articulação institucional para a sua condução. Propõe-se a possibilidade de desenvolvimento do tratamento adequado de problemas estruturais perante diferentes entes públicos e privados. A metodologia adotada na pesquisa é teórica, de caráter dogmático. Conclui-se com o reconhecimento da existência de processos estruturais exclusiva ou predominantemente judiciais e de processos estruturais exclusiva ou predominantemente extrajudiciais.

Palavras-chave

Sistema de justiça multiportas; processos estruturais; articulação institucional.

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Processo estrutural e justiça multiportas. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 419-452, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a365>.

² Este ensaio é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053>. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

³ Professor Titular da Universidade Federal da Bahia (Brasil), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3021268770189132>.

⁴ Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2473885608074815>.

Sumário

1. Introdução. 2. Processos estruturais. 2.1 Problema jurídico estrutural e processo estrutural. 2.2 Solução adequada de problemas jurídicos estruturais. 3. Processo estrutural extrajudicial. 3.1 Generalidades. 3.2 Agências reguladoras. 3.3 Tribunais de Contas. 3.4 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 3.5 Ministério Público. 3.6 Entidades de autorregulação. 3.7 Recuperação extrajudicial. 4. Cooperação judiciária e outros mecanismos de articulação institucional como instrumentos para o aproveitamento de capacidades institucionais em processos estruturais. 4.1 Articulação institucional e cooperação judiciária no sistema brasileiro de justiça multiportas. 4.2 Cooperação judiciária em processos estruturais. 5. Experimentação e *design* de solução de problemas jurídicos em processos estruturais (judiciais e extrajudiciais). 5.1 Introdução ao *design* de solução de problemas jurídicos. 5.2 Experimentação jurídica. 5.3 Livre trânsito: trânsito de técnicas e trânsito entre portas para a solução de problemas jurídicos estruturais. 5.4 Algumas variáveis relevantes em processos estruturais. 6. Conclusão.

Abstract

The essay presents structural process from the perspective of the Brazilian multidoor courthouse system, analyzing the existence of structural process outside the Judiciary and the institutional coordination instruments for conducting them. It's proposed the possibility of developing the appropriate treatment of structural problems before different public and private entities. The methodology adopted in the research is theoretical, of a dogmatic nature. It's concluded by recognizing the existence of exclusively or predominantly judicial structural processes and exclusively or predominantly extrajudicial structural processes.

Keywords

Multidoor courthouse system; structural process; institutional coordination.

Contents

1. Introduction. 2. Structural processes. 2.1 Structural legal problem and structural process. 2.2 Appropriate solutions to structural legal problems. 3. Extrajudicial structural process. 3.1 Generalities. 3.2 Independent regulatory agencies. 3.3 Public Accounting Courts. 3.4 Administrative Council for Economic Defense. 3.5 Public Prosecutor's Office. 3.6 Self-regulatory entities. 3.7 Extrajudicial recovery procedure. 4. Judicial cooperation and other institutional coordination mechanisms as instruments for harnessing institutional capacities in structural processes. 4.1 Institutional coordination and judicial cooperation in the Brazilian multidoor courthouse system. 4.2 Judicial cooperation in structural processes.

5. Experimentation and dispute system design in structural processes (judicial and extrajudicial). 5.1 Introduction to dispute system design. 5.2 Legal experimentation. 5.3 Free transit: transit of techniques and transit between “doors” to solve structural legal problems. 5.4 Some relevant variables in structural processes. 6. Conclusion.

Resumen

El artículo presenta los procesos estructurales desde la perspectiva del sistema de justicia multiportas brasileño, analizando la existencia de procesos estructurales a nivel extrajudicial y los instrumentos de coordinación institucional para llevarlos a cabo. Propone la posibilidad de desarrollar el tratamiento adecuado de los problemas estructurales frente a diferentes entidades públicas y privadas. La metodología adoptada en la investigación es teórica, de carácter dogmático. Concluye con el reconocimiento de la existencia de procesos estructurales exclusiva o predominantemente judiciales y procesos estructurales exclusiva o predominantemente extrajudiciales.

Palabras clave

Sistema de justicia multiportas; procesos estructurales; coordinación institucional.

Índice

1. Introducción. 2. Procesos estructurales. 2.1 Problema jurídico estructural y proceso estructural. 2.2 Soluciones adecuadas a los problemas jurídicos estructurales. 3. Proceso estructural extrajudicial. 3.1 Generalidades. 3.2 Agencias regulatorias. 3.3 Tribunales de Cuentas. 3.4 Consejo Administrativo de Defensa Económica. 3.5 Ministerio Público. 3.6 Entidades autorreguladoras. 3.7 Recuperación extrajudicial. 4. La cooperación judicial y otros mecanismos de coordinación institucional como instrumentos para aprovechar las capacidades institucionales en los procesos estructurales. 4.1 La coordinación institucional y la cooperación judicial en el sistema de justicia multiportas brasileño. 4.2 Cooperación judicial en procesos estructurales. 5. Experimentación y diseño de sistemas de resolución de disputas en procesos estructurales (judiciales y extrajudiciales). 5.1 Introducción al diseño de sistemas de resolución de disputas. 5.2 La experimentación jurídica. 5.3 Libre tránsito: tránsito de técnicas y tránsito entre “puertas” para solucionar problemas jurídicos estructurales. 5.4 Algunas variables relevantes en los procesos estructurales. 6. Conclusión.

1. Introdução

É usual – e acertada – a afirmação segundo a qual processos estruturais devem ser conduzidos pelo Poder Judiciário, com a participação de outras instituições capazes de contribuir para o tratamento adequado do problema estrutural.

Sucedem que há situações nas quais toda a reestruturação do estado de desconformidade pode ocorrer fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador.

Há, ainda, situações nas quais a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação direta de outros agentes ou entidades, em articulação institucional.

O objetivo deste artigo é abordar duas ideias, a partir da premissa da existência de um sistema brasileiro de justiça multiportas: a existência de processos estruturais extrajudiciais e a possibilidade de articulação institucional para o compartilhamento de competências na solução de problemas estruturais, especialmente por meio da cooperação interinstitucional.

2. Processos estruturais

2.1 Problema jurídico estrutural e processo estrutural

Problema jurídico é um tipo de problema⁵ que pode ser resolvido com base no Direito⁶.

Há problemas jurídicos de configuração *concreta*, cuja solução constitui o objeto dos sistemas de justiça, e problemas jurídicos *em tese*, que são resolvidos pelos entes que produzem normas jurídicas de caráter geral, de que o Legislativo é o principal exemplo.

⁵ Em termos gerais, um problema é uma situação em estado de indeterminação, ainda sem definição (DEWEY, John. *Logic: the theory of inquiry*. New York: Henry Holt and Company, 1939. p. 107-108).

⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPODIVM, 2024. p. 41-42.

Um problema jurídico estrutural (ou, simplesmente, problema estrutural) é uma situação de desconformidade (no sentido de não adequação a um estado de coisas ideal, mas não necessariamente ilícito) contínua e estruturada⁷. Geralmente, um problema estrutural pode ser decomposto em uma multiplicidade de problemas jurídicos específicos, que podem ser solucionados em processos autônomos, individuais ou coletivos, de acordo com a natureza das situações jurídicas discutidas. A solução desses problemas jurídicos específicos, no entanto, não é suficiente para permitir a superação do estado geral de desconformidade, que depende de tratamento adequado em um processo destinado a reestruturar o estado de desorganização constatado, um *processo estrutural*.

Assim, um processo estrutural é “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”⁸.

É possível identificar características essenciais e características típicas do processo estrutural⁹.

São características *essenciais* do processo estrutural a discussão de um problema estrutural, a atuação no sentido da implementação de um estado ideal de coisas (reestruturando o estado de desconformidade), a observância de um procedimento bifásico (identificação da existência de um problema estrutural e adoção de medidas para a reestruturação) e flexível, necessário à adaptação às circunstâncias do caso, e a consensualidade.

São características *típicas* (no sentido de frequentemente presentes), mas não essenciais, do processo estrutural a multipolaridade¹⁰, a natureza coletiva (quando seu objeto corresponde a uma situação jurídica coletiva) e a complexidade, compreendida como a possibilidade de solução por diferentes meios.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.

⁹ O tema das características essenciais e típicas do processo estrutural é amplamente desenvolvido em DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do litígio multipolar. In: JOBIM, Marco Félix; REICHEL, Luís Alberto (org.). *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Toth, 2019. p. 473-474; MAZZEI, Rodrigo. *Ensaio sobre o inventário sucessório*. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 28-46.

Em razão de todos esses fatores, o tratamento adequado de um problema jurídico estrutural, por meio de um processo estrutural, exige o acompanhamento, ao longo de um período de tempo relevante, da evolução das condições fáticas relacionadas à solução do problema estrutural.

2.2 Solução adequada de problemas jurídicos estruturais

Para a solução de um problema estrutural, não é suficiente uma intervenção ou ato pontual, um comando específico e isolado de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia. A solução adequada de um problema jurídico estrutural corresponde à reestruturação do estado de desconformidade constatado, com a transição para um estado de coisas desejável.

Geralmente, nos processos estruturais, o resultado desejável pode ser alcançado por múltiplos caminhos, cuja adequação específica para contribuir para a solução do problema deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso, ao longo do tempo.

As consequências dos atos praticados nem sempre podem ser completa e previamente identificadas¹¹, e, a cada ato, novas possibilidades para a reestruturação podem ser identificadas, em um quadro de complexidade tendencialmente progressiva. Dito de outra forma, o desenvolvimento de um processo estrutural costuma influenciar a realidade do próprio problema estrutural e, por consequência, o modo de sua solução.

Por isso, após a decisão estrutural (ou reestruturante), que reconhece a existência de uma situação de desconformidade e estabelece as diretrizes para alcance do estado de coisas desejável, a reestruturação do estado de coisas costuma ocorrer com uma sequência de atos, em *provimentos em cascata*¹² ou, aproveitando a terminologia utilizada por Sérgio Arenhart, em *consensos em cascata*. Embora seja possível atuar, a um só tempo, sobre vários aspectos do problema estrutural, sua solução não é instantânea, mas gradual, exigindo o tempo necessário à reestruturação¹³.

¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 65.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 400, nov. 2013.

¹³ GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 181-184.

A flexibilidade inerente aos processos estruturais permite a adaptação do procedimento e das próprias estruturas do Poder Judiciário para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. É possível, por exemplo, a criação de um Núcleo de Justiça 4.0¹⁴ específico para a realização de perícias e de tentativas de autocomposição relativas a um problema estrutural¹⁵.

Ocorre que nem sempre o Poder Judiciário disporá das condições necessárias ao tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. Em verdade, muitas vezes, a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação, em maior ou menor medida, de outros agentes. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal: *a*) ao fixar a tese jurídica no Tema n. 698, explicitou que, na intervenção do Judiciário em políticas públicas, a “decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”¹⁶; *b*) criou o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos, vinculado ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Resolução n. 790/2022), dedicado a prestar auxílio para a solução de problemas estruturais, com o desenvolvimento e a adoção de abordagens distintas daquelas tradicionalmente utilizadas.

Além disso, há situações nas quais toda a reestruturação do estado de coisas ocorre fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional¹⁷ para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador – sem prejuízo de eventual controle pelo Judiciário, é claro.

¹⁴ Sobre os Núcleos de Justiça 4.0, DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2023. p. 176-181.

¹⁵ A exemplo do que ocorreu no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a criação de um Núcleo de Justiça 4.0 dedicado, em um primeiro momento, à atuação em processos relativos aos eventos envolvendo o rompimento de barragens em Brumadinho (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Portaria Conjunta nº 1338/PR/2022**. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc13382022.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024).

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 24 jul. 2024.

¹⁷ Sobre a teoria das capacidades institucionais, DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. p. 133-143.

É possível, então, visualizar processos estruturais exclusiva ou predominantemente *judiciais* e processos estruturais exclusiva ou predominantemente *extrajudiciais*.

3. Processo estrutural extrajudicial

3.1 Generalidades

Problemas jurídicos estruturais podem ser solucionados no âmbito de diferentes portas de acesso à justiça, distintas do Poder Judiciário, geralmente por meio de heterocomposição, autocomposição ou, ainda, de modos combinados de resolução de problemas jurídicos.

Nessas situações, é possível falar de um *processo estrutural extrajudicial*, compreendendo-se *processo*, em sentido amplo, como método para a solução de problemas jurídicos.

Muitas vezes, a condução dos atos destinados à solução de um problema estrutural ocorre no âmbito de um processo administrativo. Agências reguladoras, tribunais de contas¹⁸ e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica são exemplos de instituições que podem decidir ou promover soluções consensuais em relação a problemas jurídicos estruturais, nas respectivas áreas de competência.

Em outras hipóteses, uma instituição sem atribuição para eventual julgamento (em âmbito administrativo), como o Ministério Público, pode desenvolver, juntamente com o(s) futuro(s) réu(s), a negociação para a solução do estado de desconformidade.

¹⁸ A natureza jurídica das funções de um Tribunal de Contas fica, muitas vezes, numa zona cinzenta entre a “administração” e a “jurisdição” (o art. 73 da Constituição, por exemplo, fala em “jurisdição”, ao tratar do Tribunal de Contas da União – BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2024). A LINDB não pretendeu resolver essa questão e optou pelo caminho da clareza: “função controladora” (arts. 20, 21, 23, 24 e 27), entre as outras duas. O certo é que, administrativas, jurisdicionais ou “de controle”, as funções do Tribunal de Contas devem ser exercidas *processualmente* (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2024).

É possível, ainda, que a reestruturação ocorra pela via da autorregulação, a partir do interesse dos próprios agentes de determinado setor, ou da negociação entre credores e devedor, como no caso da recuperação extrajudicial.

Algumas dessas possibilidades serão abordadas a seguir.

3.2 Agências reguladoras

No cumprimento da missão de concretizar as políticas públicas estabelecidas para os setores regulados (art. 15, Lei n. 13.848/2019), as *agências reguladoras* são frequentemente responsáveis pelo tratamento de estados de desconformidade continuada ou por reestruturações de determinado estado de coisas.

O ambiente regulatório é especialmente vocacionado à composição de um mosaico de interesses econômicos, sociais e jurídicos¹⁹. Na atualidade, a atividade de regulação pelo Estado é, também, uma construção de consensos possíveis em uma realidade complexa, caracterizada por múltiplos centros de interesse.

A regulação não se limita, porém, à edição de atos normativos e à sua fiscalização, alcançando também a autocomposição para a regularização de situações de desconformidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 32, Lei n. 13.848/2019), e a decisão a respeito de disputas de interesses (coletivos ou individuais) no âmbito do setor regulado, à semelhança da atividade do Poder Judiciário, de maneira imparcial, tudo isso com a vantagem da qualificação técnica específica e aprofundada em um determinado rol de matérias²⁰.

Para o desempenho das suas funções, as agências reguladoras contam com a análise de impacto regulatório, importante instrumento para subsidiar a compreensão das consequências práticas de intervenções no marco regulatório. A figura é regulada no art. 6º da Lei n. 13.848/2019 e no art. 5º da Lei n. 13.874/2019, com detalhamento da sua disciplina no Decreto n. 10.411/2020.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 9, n. 33, p. 80, jan./mar. 2011.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 30-31; MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

A análise de impacto regulatório é um documento de conteúdo complexo, que deve conter, essencialmente: a identificação dos agentes econômicos, usuários e demais afetados pelo problema regulatório a ser solucionado, bem como das suas causas e da sua extensão; a apresentação dos objetivos da regulamentação; a descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, com a exposição das possíveis repercussões de cada uma delas e a comparação entre elas; o exame das manifestações recebidas pela agência em processos de participação social (como consultas ou audiências públicas); a apresentação do panorama internacional sobre as medidas regulatórias a respeito do tema; a identificação dos efeitos e riscos da edição, alteração ou revogação de ato normativo; assim como a indicação da estratégia para implementação da alternativa sugerida, com o detalhamento dos mecanismos previstos para sua fiscalização e avaliação dos seus resultados (art. 6º, Decreto n. 10.411/2020). Trata-se, portanto, de uma ferramenta capaz de oferecer contribuições relevantes para a compreensão das consequências práticas de decisões (arts. 20 e 21, Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro) e para a preservação da coerência do marco regulatório (art. 926, Código de Processo Civil – CPC), elementos necessários à solução adequada de um estado de desconformidade ou à reestruturação de um estado de coisas.

3.3 Tribunais de Contas

Além da fiscalização e do exame das contas públicas, os *Tribunais de Contas* possuem atribuição de responder a consultas²¹ e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas na legislação. Em sua conformação funcional atual, os Tribunais de Contas têm, ainda, atuado na definição de parâmetros de comportamento dos gestores públicos, como uma espécie de ente regulatório²², notadamente por meio da expedição de recomendações, medidas sugeridas para o aperfeiçoamento das práticas administrativas relativas às contas públicas.

²¹ A consulta aos Tribunais de Contas possui uma peculiaridade: ela é formulada por autoridade pública para eliminar dúvida na interpretação do ordenamento jurídico em relação à gestão de recursos públicos. Seu fundamento não é, portanto, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF/1988), mas o dever de colaboração no exercício do controle externo. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2024).

²² JORDÃO, Eduardo; PALMA, Juliana. El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: una institución muy peculiar: The Brazilian Court of Auditors: a one of a kind institution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 20, n. 4, p. 1503-1505, Oct. 2022.

Os modos de solução consensual de problemas jurídicos também podem ser utilizados para o aperfeiçoamento do controle externo, em uma perspectiva de colaboração entre o gestor público e o ente controlador, em consonância com a diretriz de preferência à adoção de medidas de prevenção antes do início de processos sancionadores (art. 13, § 1º, Decreto n. 9.830/2019)²³.

Não causa surpresa, então, o Supremo Tribunal Federal (STF) já haver reconhecido que, no contexto das atividades inerentes ao controle externo, o Tribunal de Contas não desempenha o papel de mero auxiliar do Poder Legislativo²⁴.

Especificamente em relação ao Tribunal de Contas da União (TCU), o Supremo Tribunal Federal tem reiterado, em recentes decisões, a existência de maior capacidade institucional daquele órgão, em comparação com o Poder Judiciário, para apreciação de determinadas matérias²⁵, destacando a necessidade de observância de um dever de deferência do Judiciário em relação às manifestações dos órgãos técnico-especializados²⁶.

É interessante observar que o Tribunal de Contas da União conta com um instrumento específico de fiscalização, denominado de *acompanhamento*, para a realização da análise, ao longo de um período definido, da legalidade e da legitimidade de atos de gestão, bem como do desempenho dos órgãos e das entidades sob sua competência, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 241, Regimento Interno do TCU).

A obtenção de informações, no contexto do acompanhamento, pode ocorrer, por exemplo, por meio do acesso direto a publicações em órgãos oficiais ou sistemas informatizados, da solicitação ou da apresentação voluntária de documentos e de

²³ Como observado por DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 22, n. 127, p. 275-276, jun./set. 2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 576.920/RS**. Relator: Min. Edson Fachin, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754311099>. Acesso em: 24 jul. 2024.

²⁵ Ilustrativamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.643/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749994570>. Acesso em: 24 jul. 2024.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 38.678/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765771347>. Acesso em: 24 jul. 2024.

visitas técnicas ou participações em eventos promovidos por órgãos e entidades da Administração Pública (art. 242, Regimento Interno do TCU).

Além disso, o Tribunal de Contas da União também dispõe da figura do *monitoramento* para a fiscalização do cumprimento de suas deliberações e dos resultados delas advindos (art. 243, Regimento Interno do TCU).

Ambas as figuras, o acompanhamento e o monitoramento, têm sido utilizadas pelo Tribunal de Contas da União para análise e tratamento, em médio e longo prazo, de estados de desconformidade continuada, com a adoção de recomendações e decisões, e fiscalização quanto à adequação das soluções alcançadas, em setores como o de segurança nuclear²⁷ e o de energia elétrica²⁸, ilustrativamente.

3.4 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Competente para apuração e apreciação administrativa de atos de concentração econômica e infrações à ordem econômica, o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) atua como porta de acesso à justiça para a solução de um perfil de problema jurídico dotado de elevada complexidade técnica. No âmbito do CADE, tais problemas podem ser resolvidos por autocomposição (compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, acordo em controle de concentrações e acordo de leniência) ou heterocomposição administrativa.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, um dos órgãos do CADE, possui, entre outras competências, a de aprovação prévia de atos de concentração econômica de mais elevado impacto econômico e concorrencial (arts. 9º, X, e 88 a 91, Lei n. 12.529/2011). Em regra, atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, possam criar ou reforçar

²⁷ No Relatório de Acompanhamento (RACOM) n. 020.858/2023-0, o Tribunal de Contas da União decidiu recomendar a adoção de uma série de providências para a estruturação da Autoridade Nacional de Segurança Nuclear, diante de um cenário de desconformidade atual no setor (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 240/2024**. Relatório de Acompanhamento nº 020.858/2023-0. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A240%2520ANOACORDAO%253A2024%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 24 jul. 2024).

²⁸ No Monitoramento (MON) n. 019.228/2014-7, o Tribunal de Contas da União determinou a adoção de medidas de reestruturação e de solução de estados de desconformidade no setor de energia elétrica (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1631/2018**. Monitoramento n. 019.228/2014-7. Relator: Min. Augusto Sherman, 18 de julho de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1631%2520ANOACORDAO%253A2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 24 jul. 2024).

uma posição dominante ou possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços devem ser proibidos pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 88, § 5º, Lei n. 12.529/2011)²⁹.

Em sua atuação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica promove, por autocomposição ou heterocomposição, a reestruturação, sob perspectiva concorrencial, de empresas, grupos ou setores, solucionando situações de desconformidade no mercado.

Para isso, o CADE pode adotar remédios antitruste *estruturais*, como os previstos no art. 61, § 2º³⁰, da Lei n. 12.529/2011, com a transferência definitiva de ativos e direitos; ou *comportamentais*, que importam a realização de operações comerciais e financeiras sem a necessidade de transmissão de direitos e ativos³¹; ou, ainda, uma combinação deles.

Para o acompanhamento, ao longo do tempo, da execução das medidas destinadas à regularização do estado de desconformidade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica considera como providência preferencial a nomeação de um *trustee* de monitoramento, que supervisionará o cumprimento das obrigações e prestará informações periódicas ao Conselho³².

²⁹ As exceções estão previstas no art. 88, § 6º, Lei n. 12.529/2011: § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.)

³⁰ Art. 61, § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem: I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II – a cisão de sociedade; III – a alienação de controle societário; IV – a separação contábil ou jurídica de atividades; V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e; VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.)

³¹ Sobre remédios antitruste comportamentais, BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: CADE, [2018]. p. 12. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024.

³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de remédios antitruste**. p. 43-44.

3.5 Ministério Público

Além da sua atuação perante outras portas de acesso à justiça, o Ministério Público é um dos mais relevantes sujeitos no desenvolvimento de processos estruturais negociais, em âmbito extrajudicial³³.

Um dos mais relevantes instrumentos para essa finalidade é o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. Trata-se de “negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações”³⁴.

O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta pode ser: a remoção de um ilícito, com a adequação do comportamento do compromissário às exigências constitucionais e legais; a inibição da sua prática, reiteração ou continuação; e o ressarcimento por danos provocados.

É possível que o compromisso de ajustamento de conduta seja celebrado em conjunto por diferentes ramos do Ministério Público, inclusive com a participação de associação civil, entes ou grupos representativos ou terceiros interessados (art. 3º, § 6º, Resolução n. 179/2017, Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP), providência especialmente proveitosa para a solução de processos estruturais.

A versatilidade do compromisso de ajustamento de conduta permite a construção de soluções criativas, como se deu no contexto dos eventos relativos à ruptura da Barragem do Fundão, em Mariana (MG). Naquele caso, entes públicos celebraram com as empresas envolvidas no evento compromisso que previa a gestão do conjunto de ações de reparação dos danos e compensação das vítimas por uma fundação privada, sem fins lucrativos, com estrutura própria de governança, fiscalização e controle (Fundação Renova). O TTAC (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta) e o TAC Governança (TACGov), que disciplinam a constituição e o funcionamento da fundação, são documentos históricos, que bem evidenciam a importância da autocomposição nos problemas jurídicos estruturais no Brasil – e

³³ Sobre as medidas estruturais extrajudiciais realizadas pelo Ministério Público, *vide* VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 147-223.

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 4, p. 387.

que oferecem subsídios para o aprendizado de boas práticas que podem ser reproduzidas e aperfeiçoadas em situações futuras³⁵.

Outro interessante exemplo é o caso dos eventos geológicos ocorridos em Maceió (AL), que provocaram o rebaixamento da superfície do terreno em alguns bairros, com danos a imóveis e necessidade de deslocamento de pessoas de algumas áreas. Naquele caso, o Ministério Público do Estado de Alagoas, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União celebraram, no curso de processos judiciais, acordo com uma empresa para estabelecimento de um *Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação da População*, com posteriores aditivos e termos de resolução, celebrados conforme a evolução dos fatos.

Compromissos de ajustamento de conduta estruturais também podem ser utilizados, por exemplo, para solucionar estados de desconformidade, em instituições públicas ou privadas, relativos a situações de discriminação estruturada (em relação a pessoas com deficiência, pessoas negras ou mulheres, ilustrativamente) ou para a reestruturação de um estado de coisas em determinado setor econômico em razão de um cenário de crise (como a pandemia de covid-19), para a transição para uma nova situação.

3.6 Entidades de autorregulação

A *autorregulação* é o estabelecimento consensual de diretrizes de comportamento e códigos de prática diretamente pelos agentes integrantes de determinado setor, que, ao fazê-lo, regulam sua própria atividade³⁶. No Brasil, são exemplos de entidades de autorregulação o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a BSM Supervisão de Mercados, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (ANBIMA) e a própria Justiça Desportiva³⁷.

³⁵ Sobre o tema das boas práticas na administração da justiça, DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. p. 128-150.

³⁶ BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. *The Modern Law Review*, v. 59, n. 1, p. 27, Jan. 1996.

³⁷ Sobre o papel das entidades de autorregulação no sistema brasileiro de justiça multiportas, DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. p. 438-454.

Códigos de autorregulação possuem a natureza jurídica de *contratos normativos*, pois disciplinam a conduta de um conjunto de sujeitos, entre si e em relação a terceiros, em uma relevante manifestação do potencial do autorregramento da vontade no ordenamento jurídico brasileiro³⁸.

Geralmente, entidades de autorregulação possuem a natureza jurídica de associações. A solução de problemas jurídicos por heterocomposição nelas desenvolvida, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções (como advertência, multa ou exclusão) por órgãos da entidade, se dá por meio de um processo privado, de natureza contratual, que não se confunde com a arbitragem. Evidentemente, também aqui deve ser observado o devido processo³⁹, cujo conteúdo será conformado de acordo com as peculiaridades dessa porta de acesso à justiça.

A criação, por entidades de autorregulação, de códigos de ética e de melhores práticas, com a fiscalização quanto à sua observância e a possibilidade de imposição de sanções e de celebração de compromissos⁴⁰ para regularização de comportamentos, permite a reestruturação de estados de desconformidade identificados pelos próprios agentes do setor, promovendo reformas de maior ou menor extensão.

3.7 Recuperação extrajudicial

A *recuperação extrajudicial* é um processo de reestruturação de um estado de desconformidade caracterizado por uma etapa extrajudicial e uma etapa judicial.

Na recuperação extrajudicial, o devedor convencionada diretamente com os credores o plano de recuperação, observadas algumas restrições subjetivas, negociais e circunstanciais (art. 161, §§ 1º a 3º, Lei n. 11.101/2005).

³⁸ FERREIRA NETO, Ermiro. **Contratos normativos**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 245-247.

³⁹ Sobre o tema do devido processo em âmbito privado, BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

⁴⁰ A exemplo da figura do Termo de Compromisso, no âmbito da BSM Supervisão de Mercados e da ANBIMA.

O plano de recuperação extrajudicial é submetido ao Poder Judiciário, que, após a publicação de editais para convocação dos credores e a decisão sobre eventuais impugnações, homologará o plano, que passará a produzir efeitos⁴¹.

Trata-se, então, de uma reestruturação extrajudicial negocial cuja eficácia depende de homologação judicial⁴².

4. Cooperação judiciária e outros mecanismos de articulação institucional como instrumentos para o aproveitamento de capacidades institucionais em processos estruturais

4.1 Articulação institucional e cooperação judiciária no sistema brasileiro de justiça multiportas

Em uma realidade social complexa, a existência de sobreposição de competências para a solução de um número crescente de matérias é inevitável, cenário ainda mais presente em problemas estruturais.

Daí a relevância de instrumentos de articulação institucional, que permitem a coordenação ou a redistribuição de atividades entre diferentes órgãos ou entidades. Figuras como a cooperação judiciária, as forças-tarefa do Ministério Público⁴³, a decisão administrativa coordenada (arts. 49-A a 49-G, Lei n. 9.784/1999) e variadas modalidades de convênios administrativos possibilitam o aproveitamento das capacidades institucionais de diferentes sujeitos do sistema brasileiro de justiça

⁴¹ É possível o estabelecimento, no plano, da previsão de produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários (art. 165, § 1º, Lei n. 11.101/2005). Se o plano vier a ser rejeitado pelo Judiciário, assegura-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos (art. 165, § 2º, Lei n. 11.101/2005). (BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 24 jul. 2024).

⁴² Felipe Batista também compreende a recuperação judicial como um processo de reestruturação (BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 118.

⁴³ Sobre as forças-tarefa do Ministério Público, CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 190-193.

multiportas, o que pode ser muito proveitoso para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais.

Neste tópico, merece destaque a cooperação judiciária, disciplinada pelos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil (CPC) e pela Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A cooperação judiciária facilita *a*) o estímulo ao uso de outras portas, de acordo com um juízo de adequação; *b*) o trânsito entre portas de acesso à justiça; *c*) o aproveitamento, quando possível, de atos ou, ao menos, de informações relevantes sobre o problema jurídico ou os sujeitos nele envolvidos; *d*) a integração planejada (não improvisada, episódica, descoordenada) de modos de solução de problemas jurídicos conduzidos por instituições externas ao Judiciário à estratégia institucional de administração da justiça (a agregação de ODRs públicas ou privadas ao PJe, por exemplo).

O art. 16 da Resolução n. 350/2020 do CNJ prescreve que a cooperação interinstitucional poderá ser realizada entre quaisquer instituições, do sistema de justiça ou fora dele, que possam contribuir para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, promover o aprimoramento da administração da justiça, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional. O mesmo art. 16 cita, como exemplos de instituições com as quais se pode celebrar a cooperação, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a própria Administração Pública. Não se pode, no entanto, excluir a possibilidade de cooperação, ilustrativamente, com as serventias cartoriais extrajudiciais, os litigantes habituais privados e as instituições responsáveis pela manutenção de ODRs, muito úteis para a elaboração de uma estrutura para um sistema de justiça multiportas (art. 6º, XIX, Resolução n. 350/2020 do CNJ).

Atualmente, não é mais possível pensar em justiça multiportas sem considerar a importância de instrumentos de articulação institucional, de que talvez seja o principal exemplo a cooperação judiciária.

4.2 Cooperação judiciária em processos estruturais

A cooperação judiciária, inclusive a interinstitucional, contribui significativamente para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais, especialmente por permitir o aproveitamento das capacidades institucionais de diferentes portas de acesso à justiça. Por meio dela é possível, por exemplo:

- a) a realização conjunta de audiências públicas;
- b) a produção conjunta de provas, o aproveitamento de provas já produzidas em outra porta de acesso à justiça ou a concertação para a produção de certa prova perante outra porta;
- c) a centralização de processos judiciais para fins instrutórios ou decisórios;
- d) o fracionamento da prática de atos processuais entre juízos, definindo determinado juízo como o responsável pela produção de certa prova ou distribuindo entre os juízos a competência para a decisão de determinadas questões;
- e) o compartilhamento de dados acerca da existência de processos administrativos ou judiciais sobre determinadas matérias, podendo ser aconselhável, em determinados casos, a suspensão de um ou de alguns dos processos até a manifestação de determinada porta de acesso à justiça a respeito do tema;
- f) a realização de cooperação para fins de consulta⁴⁴, figura prevista na Resolução n. 499/2023 do Conselho Nacional de Justiça, para, por exemplo, obtenção de auxílio para adequada identificação das consequências práticas de determinadas decisões ao longo do processo ou na definição dos contornos de regras de transição;
- g) a construção de novos arranjos para deliberação ou consulta, com inspiração em figuras como os *dispute boards* e a decisão administrativa coordenada, para a criação, por exemplo, de: g.1) um painel composto pelos juízos responsáveis pelos diferentes processos, com o compartilhamento de competência decisória; g.2) uma equipe de trabalho remoto⁴⁵ para acompanhamento do caso e apresentação de subsídios para as decisões; g.3) um painel consultivo composto por integrantes de diferentes instituições; g.4) um comitê decisório integrado por membros das diferentes instituições envolvidas com o problema estrutural, com atribuição para a tentativa de solução consensual de questões surgidas ao longo do processo ou com competência decisória delegada pelo juízo do

⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: JusPODIVM, 2023. p. 176-182.

⁴⁵ A equipe de trabalho remoto pode ser composta por juízes e servidores, lotados em quaisquer unidades jurisdicionais ou administrativas, inclusive oriundos de tribunais diversos, para o desenvolvimento de teses jurídicas, soluções teóricas, pesquisas empíricas e estudos de questões complexas (art. 12-A da Resolução n. 227/2016, inserido pela Resolução n. 375/2021, ambas do CNJ). (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295>. Acesso em: 24 jul. 2024).

caso, que será responsável por solucionar divergências não superadas pelo próprio comitê na apresentação das suas conclusões⁴⁶;

h) a delegação da prática de certos atos processuais a outro sujeito ou instituição do sistema de justiça⁴⁷, como ocorre com a figura do administrador judicial, do interventor ou das *claims resolution facilities*⁴⁸, ou a delegação da fiscalização do cumprimento de obrigações (impostas ou voluntariamente assumidas), como ocorre com o *trustee* de monitoramento, frequentemente adotado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

5. Experimentação e *design* de solução de problemas jurídicos em processos estruturais (judiciais e extrajudiciais)

5.1 Introdução ao *design* de solução de problemas jurídicos

Frequentemente, o tema do *design* de solução de problemas jurídicos é associado de maneira quase exclusiva à adoção de modos consensuais ou da arbitragem (modo de solução de origem consensual).

Essa abordagem, que pode ser chamada de reducionista, não corresponde, ao menos no Brasil, à realidade. A disciplina normativa brasileira a respeito do processo judicial é caracterizada pela flexibilidade e pelo estímulo à adequação e à inovação para o tratamento de problemas jurídicos⁴⁹. Além da ampla admissibilidade de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos celebrados pelas partes (art. 190, CPC), há expressiva base normativa para o desenvolvimento de uma gestão judiciária

⁴⁶ Providência semelhante foi adotada na conhecida “ACP do Carvão”, como noticiado em ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, n. 2, p. 211-229, jul./dez.

⁴⁷ Sobre o tema da delegação de competências jurisdicionais, CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 371-429; VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 192-199.

⁴⁸ Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. p. 53 e 119-127.

flexível (arts. 7º, 67 a 69, 139, inciso VI, 297, 301, 327, § 2º, 536, § 1º, CPC). Há, ainda, espaço para uma dimensão negocial da administração judiciária⁵⁰ (como se observa em relação à adoção do Juízo 100% Digital e dos Núcleos de Justiça 4.0, nos termos, respectivamente, das Resoluções n. 345 e 385 do Conselho Nacional de Justiça). Não há dúvidas: uma das principais marcas do Código de Processo Civil é a flexibilidade.

A diretriz também pode ser percebida no processo administrativo, seja pela aplicação, no que couber, do Código de Processo Civil, por força do seu art. 15⁵¹, seja com fundamento na Lei n. 9.784/1999 (exemplificativamente, a figura da decisão administrativa coordenada, prevista nos arts. 49-A a 49-G) e em atos internos dos entes administrativos.

O ambiente normativo no Brasil é favorável ao desenvolvimento de formas inovadoras e ajustadas às especificidades de cada caso ou de perfis de casos para o tratamento de problemas jurídicos. Há, então, uma relação muito próxima entre *boas práticas*⁵² e *design* de solução de problemas jurídicos.

Tudo isso leva a duas conclusões.

O tema do *design* de solução de problemas jurídicos interessa a profissionais e instituições públicos e privados que atuam no sistema de justiça, em qualquer das suas portas.

No *design* de solução de problemas jurídicos, é possível identificar as características da abertura, da auto-organização, da adequação e, de acordo com o caso, da integração, presentes no sistema brasileiro de justiça multiportas⁵³. Novos modos de solução de problemas jurídicos podem ser criados, assim como podem ser integrados

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa.** p. 199-202.

⁵¹ Dispositivo cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492/DF.** Relator: Min. Dias Toffoli, 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769626466>. Acesso em: 24 jul. 2024).

⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa.** p. 128-150.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil.** p. 113-158.

dois ou mais modos já existentes, sem prévio planejamento de uma autoridade geral do sistema (no Brasil, inexistente), mas sempre com o propósito de assegurar tratamento adequado às circunstâncias do caso e dos seus envolvidos. O *design* de solução de problemas jurídicos é um catalisador do sistema brasileiro de justiça multiportas e da inovação direcionada à solução de problemas jurídicos⁵⁴.

5.2 Experimentação jurídica

Admitir uma *abordagem experimentalista* para a solução de problemas da vida real significa assumir, como premissa epistemológica, que instituições e sujeitos estão inseridos em um “processo de descoberta e de aprendizagem coletivas”⁵⁵. Sob essa perspectiva, o experimentalismo não se dedica à identificação de conclusões definitivas a respeito de relações de causa e efeito, mas a um processo de constante análise e revisão de políticas e de procedimentos, a partir de parâmetros justificados e com submissão ao controle social, com o objetivo de aperfeiçoar os mecanismos de realização do interesse público⁵⁶.

⁵⁴ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Acesso à justiça, tecnologia e design bottom-up**: uma proposta-modelo para o redesenho do acesso à justiça digital do segurado especial. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

⁵⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**: RDA, n. 257, p. 59, maio/ago. 2011.

⁵⁶ SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist governance. In: LEVI-FAUR, David (ed.). **The Oxford handbook of governance**. Nova York: Oxford University Press, 2012. p. 175; ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. **Ecological Economics**, v. 130, p. 65, Oct. 2016.

Especificamente no âmbito jurídico⁵⁷, a experimentação pode ser utilizada, pelo menos, para fins regulatórios, administrativos e para a condução de processos⁵⁸. *Experimentos jurídicos processuais* são encontrados no âmbito de diferentes métodos de solução de problemas jurídicos.

É importante perceber, aqui, que os arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 190 do CPC, que integram o conjunto de normas estruturantes do sistema brasileiro de justiça multiportas⁵⁹, estimulam a construção, por diferentes instituições e profissionais, de soluções adequadas para os problemas jurídicos. Bem vistas as coisas, desses dispositivos é possível extrair uma cláusula de abertura à experimentação processual.

Ilustrativamente, iniciativas como a integração da plataforma *consumidor.gov.br* ao sistema PJe, com o estabelecimento de um projeto-piloto⁶⁰, a constituição de equipes

⁵⁷ Na área do Direito Administrativo, confira-se a série de artigos publicados por Paulo Modesto: MODESTO, Paulo. Direito administrativo da experimentação: uma introdução. **Consultor Jurídico**, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. **Consultor Jurídico**, 2 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. O silêncio administrativo como técnica de experimentação. **Consultor Jurídico**, 27 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Experimentação consensual na organização administrativa: contratos de desempenho. **Consultor Jurídico**, 3 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/interesse-publico-experimentacao-consensual-organizacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Simplificação administrativa e experimentação. **Consultor Jurídico**, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Federalismo administrativo, processo e experimentação. **Consultor Jurídico**, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa. **Consultor Jurídico**, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024; MODESTO, Paulo. Negócios processuais e experimentação administrativa. **Consultor Jurídico**, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-14/interesse-publico-negocios-processuais-experimentacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024. Vide, ainda, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Administração pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras. **Soluções Autorais**, v. 6, n. 62, p. 37-49, maio 2023.

⁵⁸ Gabriel Pascual classifica os experimentos jurídicos em privados e públicos, subdividindo estes em experimentos legislativos, administrativos e judiciais (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Experimentos en la teoría y la práctica del derecho. In: SEMINARIO DE TEORÍA Y MÉTODO – STEM, 13., 2019, Barcelona. [Seminario...]. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Instituto de Derecho Local, 2019. p. 9-10.

⁵⁹ Sobre o tema, DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. **Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte**: RePoJuRN, v. 3, n. 1, p. 13-41, jan./jun. 2023.

⁶⁰ Como previsto no Acordo de Cooperação Técnica n. 16/2019 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Acordo de Cooperação Técnica n. 016/2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/TCOT-016_2019.pdf. Acesso em: 24 jul. 2024, celebrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). O projeto foi

de trabalho remoto (Resolução n. 375/2021, CNJ) e a configuração de novos modos de tratamento dos problemas jurídicos e de atuação dos sujeitos do processo com base em atos de cooperação judiciária (inclusive interinstitucional) e em negócios processuais são mecanismos de estímulo a uma postura experimental no processo.

A experimentação revela-se especialmente útil, ainda, na condução de processos estruturais⁶¹, notadamente diante da frequente possibilidade de adoção de múltiplos caminhos para a realização da reestruturação.

5.3 Livre trânsito: trânsito de técnicas e trânsito entre portas para a solução de problemas jurídicos estruturais

Os arts. 3º, 15, 327, § 2º, 926 e 1.049, parágrafo único, do CPC, interpretados em conjunto, podem ser compreendidos como a base normativa para o *livre trânsito de técnicas*⁶² entre diferentes portas de acesso à justiça⁶³. Isto é, em um sistema integrado, como o brasileiro, é possível buscar na disciplina regente de outra porta a técnica adequada para abordar determinado aspecto do caso, não necessariamente adotando o CPC como fonte preferencial para aplicação.

É permitida, ilustrativamente, a exportação para o processo judicial ou arbitral de técnicas previstas na Lei n. 13.140/2015 ou de técnicas disciplinadas no processo perante determinada agência reguladora, quando compatíveis com o caso.

No âmbito dos processos estruturais judiciais, a lógica de funcionamento dos comitês de resolução de disputas pode ser *importada* como inspiração para o tratamento adequado de problemas estruturais. Os parâmetros de organização de processos coletivos estimulados pela Recomendação n. 76/2020 do Conselho Nacional de Justiça, muito proveitosos para diversas modalidades de processos

inicialmente desenvolvido no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), estando atualmente em fase de expansão para outros tribunais.

⁶¹ Sobre o tema, longamente, GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. **Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

⁶² Sobre o tema do trânsito de técnicas processuais, DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil**. p. 709.

estruturais, podem ser *exportados* para outras portas de acesso à justiça, no âmbito de processos administrativos, por exemplo, quando isso se revelar adequado ao caso.

É possível, ainda, o trânsito entre portas de acesso à justiça, como decorrência da característica da integração, presente no sistema brasileiro de justiça multiportas. O deslocamento entre portas pode ocorrer, por exemplo, para a prática de determinados atos, de maneira provisória ou definitiva, preferencialmente com o aproveitamento dos atos já praticados⁶⁴.

5.4 Algumas variáveis relevantes em processos estruturais

A obtenção do máximo proveito do *design* de solução de problemas jurídicos depende, ao mesmo tempo, da sua adequação às especificidades do caso e da exploração das características das portas de acesso à justiça utilizadas. É fundamental, então, a identificação de quais variáveis são realmente relevantes para o sucesso do *design* diante de problemas jurídicos estruturais. Algumas dessas variáveis são apresentadas a seguir.

- a) O ordenamento jurídico estabelece a obrigatoriedade de adoção de determinado procedimento para o alcance do resultado desejado?
- b) O ordenamento jurídico estabelece limitações ou condicionantes em relação a certos modos de solução do problema jurídico?
- c) É obrigatório (ou, ao menos, aconselhável) o envolvimento de outros possíveis interessados?
- d) É recomendável contar com o apoio de especialistas de outras áreas? Sendo o caso, é possível, ilustrativamente, a utilização, no âmbito do processo judicial, da figura do *amicus curiae* ou de apoio prestado por cooperação judiciária para fins de consulta (art. 6º, XXII, Resolução n. 350/2020, CNJ) ou por equipes de trabalho remoto (Resolução n. 375/2021, CNJ).
- e) É aconselhável fracionar entre diferentes portas a prática de atos ou a atribuição para solução (ou a tentativa de solução) do problema jurídico?

⁶⁴ O tema do trânsito entre portas de acesso à justiça é desenvolvido em DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. p. 711-715.

- f) Em um juízo comparativo, há alguma instituição com maior capacidade institucional para o tratamento adequado do problema jurídico, consideradas as circunstâncias concretas?
- g) As especificidades do caso tornam aconselhável a adoção de iniciativas de experimentação institucional, no processo judicial ou administrativo?
- h) O problema jurídico possui caráter multipolar ou policêntrico⁶⁵?
- i) O *design* proposto assegura a efetiva participação dos grupos envolvidos no problema jurídico, inclusive daqueles minoritários⁶⁶?
- j) O *design* proposto considera as escolhas, a cultura e o papel de protagonismo da comunidade em que ocorreu o problema jurídico, incorporando tais fatores para a construção da solução? Isto é, há engajamento comunitário⁶⁷?
- k) É aconselhável a importação de técnica existente em outra porta de acesso à justiça, apta a contribuir para a solução adequada do problema jurídico?
- l) Ao menos um dos envolvidos no problema jurídico é um litigante habitual? Há medidas estabelecidas e disponíveis para o tratamento adequado do seu perfil de litigância? É aconselhável promover ou propor a adoção ou a revisão de medidas específicas?
- m) É recomendável o estabelecimento de sanções premiais⁶⁸ para estimular determinado comportamento?
- n) O *design* construído é o mais simples possível?

Cada etapa, cada elemento do procedimento desenvolvido deve ser justificado por sua aptidão para contribuir de maneira relevante para a solução do problema jurídico. Etapas desnecessárias devem ser eliminadas. O *design* deve ser compreensível, econômico e racional⁶⁹.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do litígio multipolar. p. 473-474; MAZZEI, Rodrigo. **Ensaio sobre o inventário sucessório**. p. 28-46.

⁶⁶ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 182-286; VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo coletivo e direito à participação**: técnicas de atuação interativa em litígios complexos. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 77-196.

⁶⁷ HASLETT, Tim *et al.* Framework for development and evaluation of community engagement. **International Journal for Court Administration**, v. 4, n. 2, p. 31-45, June 2012.

⁶⁸ A propósito do uso das sanções premiais no processo, MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

⁶⁹ COSTANTINO, Cathy A. Using interest-based techniques to design conflict management systems. **Negotiation Journal**, v. 12, n. 3, p. 211, July 1996.

6. Conclusão

Um problema jurídico estrutural (ou, simplesmente, problema estrutural) é uma situação de desconformidade contínua e estruturada. Geralmente, um problema estrutural pode ser decomposto em uma multiplicidade de problemas jurídicos específicos, que podem ser solucionados em processos autônomos, individuais ou coletivos, de acordo com a natureza das situações jurídicas discutidas. A solução desses problemas jurídicos específicos, no entanto, não é suficiente para permitir a superação do estado geral de desconformidade, que depende de tratamento adequado em um processo destinado a reestruturar o estado de desorganização constatado, um *processo estrutural*.

Geralmente, também, nos processos estruturais, o resultado desejável pode ser alcançado por múltiplos caminhos, cuja adequação específica para contribuir para a solução do problema deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso, ao longo do tempo.

Ocorre que nem sempre o Poder Judiciário disporá das condições necessárias ao tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. Em verdade, muitas vezes, a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação, em maior ou menor medida, de outros agentes.

Além disso, há situações nas quais toda a reestruturação do estado de coisas ocorre fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador – sem prejuízo de eventual controle pelo Judiciário, é claro.

É possível, então, visualizar processos estruturais exclusiva ou predominantemente *judiciais*, em relação aos quais a cooperação judiciária, especialmente a interinstitucional, pode ser fundamental para o adequado tratamento do problema jurídico, e processos estruturais exclusiva ou predominantemente *extrajudiciais*.

Referências

ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. *Ecological Economics*, v. 130, p. 64-73, Oct. 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do litígio multipolar. *In*: JOBIM, Marco Félix; REICHELT, Luís Alberto (org.). **Coletivização e unidade do direito**. Londrina: Toth, 2019. p. 473-498.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. **The Modern Law Review**, v. 59, n. 1, p. 24-55, Jan. 1996.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: CADE, [2018]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019.

COSTANTINO, Cathy A. Using interest-based techniques to design conflict management systems. **Negotiation Journal**, v. 12, n. 3, p. 207-216, July 1996.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 22, n. 127, p. 261-280, jun./set. 2020.

DEWEY, John. **Logic: the theory of inquiry**. New York: Henry Holt and Company, 1939.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, p. 209-218, maio/ago. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil**. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. **Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte: RePoJuRN**, v. 3, n. 1, p. 13-41, jan./jun. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 4. Processo coletivo.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Experimentos en la teoría y la práctica del derecho. In: SEMINARIO DE TEORÍA Y MÉTODO – STEM, 13., 2019, Barcelona. **[Seminario...]**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Instituto de Derecho Local, 2019.

FERREIRA NETO, Ermiro. **Contratos normativos**. São Paulo: Almedina, 2023.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

GODINHO, Robson Renault. A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 84, p. 171-206, abr./jun. 2022.

GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. **Experimento jurisdicional de reestruturação**: descrição e justificação. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

HASLETT, Tim *et al.* Framework for development and evaluation of community engagement. **International Journal for Court Administration**, v. 4, n. 2, p. 31-45, June 2012.

JORDÃO, Eduardo; PALMA, Juliana. El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: una institución muy peculiar: The Brazilian Court of Auditors: a one of a kind institution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 20, n. 4, p. 1498-1510, Oct. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

MAZZEI, Rodrigo. **Ensaios sobre o inventário sucessório**. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. **Consultor Jurídico**, 2 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Direito administrativo da experimentação: uma introdução. **Consultor Jurídico**, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Experimentação consensual na organização administrativa: contratos de desempenho. **Consultor Jurídico**, 3 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/interesse-publico-experimentacao-consensual-organizacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Federalismo administrativo, processo e experimentação. **Consultor Jurídico**, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa. **Consultor Jurídico**, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Negócios processuais e experimentação administrativa. **Consultor Jurídico**, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-14/interesse-publico-negocios-processuais-experimentacao-administrativa/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. O silêncio administrativo como técnica de experimentação. **Consultor Jurídico**, 27 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MODESTO, Paulo. Simplificação administrativa e experimentação. **Consultor Jurídico**, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. Administração pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras. **Soluções Autorais**, v. 6, n. 62, maio 2023.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **Acesso à justiça, tecnologia e design bottom-up: uma proposta-modelo para o redesenho do acesso à justiça digital do segurado especial**. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist governance. *In*: LEVI-FAUR, David (ed.). **The Oxford handbook of governance**. Nova York: Oxford University Press, 2012. p. 169-184.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**: RDA, n. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 5. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo coletivo e direito à participação**: técnicas de atuação interativa em litígios complexos. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: JusPODIVM, 2020.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.643/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749994570>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769626466>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 38.678/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765771347>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 576.920/RS**. Relator: Min. Edson Fachin, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754311099>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1631/2018**. Monitoramento n. 019.228/2014-7. Relator: Min. Augusto Sherman, 18 de julho de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1631%2520ANOACORDAO%253A2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 240/2024**. Relatório de Acompanhamento nº 020.858/2023-0. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A240%2520ANOACORDAO%253A2024%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 24 jul. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Acordo de Cooperação Técnica n. 016/2019**. Acordo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), para incremento de métodos autocompositivos, mediante plataformas on-line, para solução de controvérsias consumeristas. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/TCOT-016_2019.pdf. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016.** Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 375, de 2 de março de 2021.** Altera a Resolução nº 227/2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, criando a Equipe de Trabalho Remoto e dando outras providências. Brasília, CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3761>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.

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. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 24 jul. 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. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Portaria Conjunta nº 1338/PR/2022.** Institui o Núcleo de Justiça 4.0 – Cooperação Judiciária – como instrumento de efetivação dos princípios da eficiência e da celeridade processual na prestação jurisdicional de primeira instância. Belo Horizonte: TJMG, 2022. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc13382022.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024.



Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas¹

Structural processes and institutional dialogues: towards a dogmatics without dogmas

Procesos estructurales y diálogos institucionales: hacia una dogmática sin dogmas

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues²

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7141-5452>

E-mail: roberto.aragao.rodrigues@agu.gov.br

Murilo Strätz³

Universidade do Minho (Braga, Portugal)

Universidade de Bordeaux (Bordeaux, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8426-2424>

E-mail: murilo.stratz@agu.gov.br

Resumo

O tema da presente investigação envolve a multifacetada relação entre justiça e democracia, com recorte sobre os processos estruturais, tendo por objeto principal o estudo dos diálogos que se estabelecem entre o Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, e os demais órgãos públicos, bem como os cidadãos e os demais agentes e entidades da sociedade civil. Faz-se inicialmente uma revisão geral da dogmática sobre processos estruturais, com a taxionomia das suas características e a exemplificação de alguns casos que têm chamado a atenção da jurisprudência

¹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 453-492, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a322>.

² Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Civil do IBMEC-RJ e da Escola Superior da AGU. Advogado da União. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9023358786952186>.

³ Doutor em Ciências Jurídicas Gerais pela Universidade do Minho (Portugal) e doutorando em Direito Público pela Universidade de Bordeaux (França). Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ. Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da AGU. Advogado da União. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8583752627038082>.

superior. Passa-se, na sequência, a identificar, no modo de julgar do Supremo, aquilo que os estudiosos norte-americanos batizaram de *backlash*, a fim de preparar o leitor para os tópicos seguintes. Investigam-se, por fim, as dinâmicas dialógicas voltadas à resolução de problemas estruturais concretos, apontando-se as suas potencialidades e vulnerabilidades, mediante método dedutivo de análise, associado a técnicas de revisão bibliográfica.

Palavras-chave

Processos estruturais; diálogos institucionais; supremacia judicial; democracia constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. O problema da interpretação judicial no Brasil e seus *backlashes*. 3. Processos estruturais e diálogos institucionais. 4. Estudo de caso: a competência da Justiça Federal em tema de medicamentos (Tema 1.234). 5. Conclusão.

Abstract

The theme of the present investigation involves the multifaceted relationship between justice and democracy, focusing on structural processes. The main object of study is the dialogues established between the Judiciary, particularly the Supreme Federal Court, and other public bodies, as well as citizens and other agents and entities of civil society. Initially, a general review of the dogmatics on structural processes is conducted, with a taxonomy of their characteristics and examples of some cases that have drawn the attention of higher jurisprudence. Subsequently, the study identifies what American scholars have termed 'backlash' in the Supreme Court's mode of judgment, to prepare the reader for the following topics. Finally, the paper examines the dialogical dynamics aimed at resolving concrete structural problems, highlighting their potentialities and vulnerabilities through a deductive method of analysis combined with bibliographic review techniques.

Keywords

Structural processes; institutional dialogues; judicial supremacy; constitutional democracy.

Contents

1. Introduction. 2. The problem of judicial interpretation in Brazil and its backlashes. 3. Structural processes and institutional dialogues. 4. Case study: the competence of the Federal Courts in the field of medicines (Theme 1.234). 5. Conclusion.

Resumen

El tema de la presente investigación implica la relación multifacética entre justicia y democracia, con un enfoque en los procesos estructurales, teniendo como objeto principal el estudio de los diálogos que se establecen entre el Poder Judicial, con énfasis en el Supremo Tribunal Federal, y los demás órganos públicos, así como los ciudadanos y otros agentes y entidades de la sociedad civil. Inicialmente, se realiza una revisión general de la dogmática sobre los procesos estructurales, con la taxonomía de sus características y la ejemplificación de algunos casos que han llamado la atención de la jurisprudencia superior. Posteriormente, se procede a identificar, en el modo de juzgar del Supremo, lo que los estudiosos estadounidenses han denominado *backlash*, con el fin de preparar al lector para los temas siguientes. Finalmente, se investigan las dinámicas dialógicas orientadas a la resolución de problemas estructurales concretos, señalando sus potencialidades y vulnerabilidades, mediante un método deductivo de análisis, asociado a técnicas de revisión bibliográfica.

Palabras clave

Procesos estructurales; diálogos institucionales; supremacía judicial; democracia constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. El problema de la interpretación judicial en Brasil y sus retrocesos. 3. Procesos estructurales y diálogos institucionales. 4. Estudio de caso: la competencia de los tribunales federales en el campo de los medicamentos (Tema 1.234). 5. Conclusión.

1. Introdução

Os *processos estruturais*⁴ não constituem espécie autônoma de processo, já que não possuem procedimento próprio; consistem em técnica processual vocacionada a

⁴A origem do instituto (*structural suits*) remonta ao caso *Caso Brown vs Board of Education of Topeka* (1954), que culminou com a dessegregação racial nas escolas americanas. A superação das práticas sociais e estatais que subsidiavam a odiável doutrina acolhida pela Suprema Corte estadunidense no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), exigiria a adoção de uma série de medidas a serem realizadas a longo prazo, bem como a reestruturação do sistema público de ensino dos EUA, já que a segregação racial, já entranhada na estrutura escolar e na cultura do povo norte-americano, não poderia ser abolida de imediato. A transformação dos “sistemas duais de escolas”, com instalações separadas para negros e brancos, em “sistemas unitários de escolas não raciais” demandava uma reestruturação profunda do sistema escolar, mas, ao mesmo tempo, contínua, gradual e progressiva, tendo-se em conta que situações fáticas já consolidadas em vários setores do Estado e da sociedade civil precisam ser desconstruídas gradativamente.

potencializar a efetividade da tutela jurisdicional diante de litígios complexos, entendidos como tais os litígios decorrentes de um contexto multifatorial que os favorece. Sendo complexas e multifacetadas tanto a natureza quanto a etiologia desses litígios, cuja origem é reconduzida a *problemas estruturais* (os quais nem sempre são ilegais em sentido estrito), os processos voltados a solucionar as controvérsias daí advindas exigem decisões judiciais igualmente complexas e multifacetadas, vale dizer, decisões estruturantes, que não se exaurem em apenas um pronunciamento do Judiciário.

Como se vê, as decisões estruturantes, ou estruturais, caracterizam-se por veicular uma série de providências sequenciadas, na medida em que um problema estrutural não pode ser resolvido com uma decisão isolada, estanque e descontextualizada do complexo cenário que o fomenta. É preciso, para tanto, interromper o ciclo vicioso de falhas estruturais que engendram o problema e tratar efetivamente a sua fonte, o que nunca poderá ser alcançado sem uma ação conjunta, permanente e de várias frentes.

É por isso que os processos estruturais se caracterizam, fundamentalmente, pelos seguintes predicados cumulativos: 1) têm por objeto um problema *estrutural*; 2) prestam-se à construção de uma *transição* entre a situação de desconformidade e a situação desejada; 3) consistem em procedimento *flexível* (art. 190 do CPC) e *bifásico*, no qual a primeira fase se ocupa em identificar o estado de desconformidade e em encontrar a solução para o problema, e a segunda fase se volta ao cumprimento das diretrizes fixadas na primeira e à fiscalização das medidas implementadas; 4) prezam pela *consensualidade*, já que os problemas neles tratados quase sempre só se resolvem definitivamente depois da celebração de acordos entre as partes e/ou os agentes/órgãos públicos envolvidos; e 5) manifestam-se, em suas fases iniciais, por decisões judiciais de caráter mais *principiológico*, cujos teores somente passam a impor regras de conduta mais bem definidas à medida que outras decisões vão se

Interessante observar que a Suprema Corte teve de reexaminar o precedente de *Brown vs Board of Education* pouco tempo depois da primeira decisão, diante das dificuldades relatadas pelos diretores das instituições escolares para concretizar as diretrizes do precedente. Houve até a necessidade de que os juízes federais competentes, que passaram a agir como *longa manus* da Suprema Corte nas “decisões em cascata”, determinassem a organização de comitês populares e a nomeação de interventores para acompanhar a implementação das medidas necessárias, auxiliando, assim, o Poder Judiciário a fiscalizar o cumprimento delas. Trata-se sempre de uma justiça com regime de transição. Por fim, também é interessante notar que a segregação racial não era o problema prioritário do movimento negro, mas sim a inferioridade das instalações e da qualidade do ensino praticado nas escolas negras. Para mais detalhes sobre o caso, *vide*: FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 2-4, Nov.1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 fev. 2022.

prolatando “em cascata”, o que ocorre em virtude das mudanças de cenário que se vão operando ao longo daquela transição.

Vários são os exemplos de problemas estruturais, sempre a exigirem soluções estruturantes, tais como as questões decorrentes da pandemia de covid-19, os desastres ambientais (a exemplo do ocorrido em Mariana/MG e dos problemas decorrentes do processo de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol), a insuficiência de vagas em creches/escolas públicas, a regulação de leitos em hospitais públicos, a tensão verificada entre a situação irregular de terceirizados em hospitais públicos *versus* a necessidade de manutenção dos serviços à população, a judicialização de medicamentos de alto custo para doenças raras (RE 566.471, Rel. Min. Luís Roberto Barroso), a falta de acessibilidade aos espaços públicos por pessoas com deficiência, o desrespeito às formas legais de encarceramento e de execução penal no sistema prisional brasileiro (ADPF 347, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso), entre outros problemas que demandam o aperfeiçoamento das políticas públicas em geral.

Tendo por objeto interesses multilaterais, as soluções exigidas pelos processos estruturantes demandam a ação concertada de uma multiplicidade de atores, como bem observa José Maria Rosa Tesheiner:

Uma teoria do processo estrutural passaria por uma construção democrática de direito processual que abarcasse a possibilidade de diálogo entre Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo e Sociedade Civil, construindo-se a decisão judicial a partir de uma multiplicidade de atores⁵.

Há pelo menos três graus de intervenção judicial no controle de políticas públicas ou na realização de reformas estruturais⁶ pela via dos processos estruturais.

⁵TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix e OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 27.

⁶Owen Fiss define a decisão que impõe uma reforma estrutural (*structural reform*) como o ato adjudicatório que se distingue, em primeiro lugar, por envolver um encontro entre o Judiciário e os demais agentes estatais e, em segundo lugar, por ter como objeto a natureza aberta dos valores constitucionais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, o devido processo legal etc. Nas palavras do Catedrático da Universidade de Yale, é por meio de um processo estrutural que o Judiciário se propõe a reestruturar uma organização estatal, a fim de adaptá-la aos valores constitucionais, *verbis*: “*The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted*” (FISS, Owen M. *The forms of justice*. p. 2).

Levando-se em conta a margem de deferência com que as cortes tratam as escolhas das instâncias majoritárias e a autonomia da vontade das partes envolvidas, tais graus vão desde as tonalidades mais “fortes” (ou antidialógicas) até as mais “fracas” (ou deferentes), passando, como não poderia deixar de ser, pelos tons mais moderados e desejáveis, dos quais se destacam os modelos “compartilhados” de intervenção judicial no controle de políticas públicas, conforme bem apontam Flavia Danielle Santiago Lima e Eduarda Peixoto da Cunha França⁷.

Por transcenderem a estrutura tradicional representada pela fórmula *direito-obrigação-violação-reparação*, e por envolverem *múltiplos polos de interesse* – em que nem sempre há definição ou nítida contraposição entre as posições titularizadas pelos atingidos ou grupos envolvidos⁸ –, os litígios estruturais comportam compromissos constitucionais que não podem ser completamente concretizados sem a cooperação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os agentes políticos, as organizações sociais e os próprios grupos vulneráveis objeto das ações e dos processos estruturais.

Partindo-se dessa constatação empírica, cabe aos tribunais em geral, e às cortes supremas, em especial, assumir o desafio de desenvolver as técnicas necessárias para tornar, de um lado, mais *democráticos* e mais *eficientes* os processos estruturais, sem descuidar, de outro lado, dos deveres constitucionais atrelados à plena observância da noção de *rule of law*, cuja configuração assenta no seguinte tripé: 1) respeito à cláusula do *due process of law* (tanto em sua dimensão substantiva quanto procedimental); 2) promoção da *segurança jurídica*; e 3) defesa da *legalidade* (ou, em sua acepção mais ampla, da própria noção de *juridicidade*). É inegável que existem igualmente outros preceitos a serem prestigiados no desempenho dessa desafiadora missão, tais como a isonomia, a separação entre os Poderes e o dever de fundamentação exauriente das decisões judiciais, mas o presente ensaio se debruçará com maior vigor sobre o binômio *democracia-eficiência*, de um lado, e sobre o trinômio *devido processo legal – segurança jurídica – legalidade*, de outro.

⁷LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*: REDP, v. 22, n. 1, p. 350-378, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.51630>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/51630>. Acesso em: 13 jun. 2024.

⁸VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos estruturais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 352-353.

Nem tudo o que é *democrático* e *eficiente* pode ser considerado, necessariamente, *legítimo* do ponto de vista jurídico e do ponto de vista moral. A história é pródiga em ilustrar a existência de regimes autoritários, pautados em valores antiéticos que colocam a dignidade humana a serviço de propósitos autocráticos e desumanizantes, mas que eram, de modo paradoxal, “aceitos” pela maior parte da população e “eficientes” em matar, segregar e perseguir determinados grupos. Com a incorporação pelo direito positivo de grande parte dos valores que, antes da sua positivação, constituíam meros princípios do direito natural, desde meados do século passado⁹, não é mais admissível que práticas tão imorais ainda possam ser consideradas lícitas ou legais em algum Estado de Direito, por mais democráticas e eficientes que elas sejam.

Feitas essas considerações introdutórias, adiantamos que encontrar o ponto juridicamente ideal quanto ao grau de intervenção judicial no controle de políticas públicas, pela via dos processos estruturais, passa a consistir no objeto do presente artigo.

2. O problema da interpretação judicial no Brasil e seus *backlashes*

A hermenêutica, em geral, e a hermenêutica jurídica, em particular, são temas que desafiam e até mesmo angustiam os estudiosos que sobre elas ousam se debruçar mundo afora, desde os exegetas do século XVIII até os hermeneutas pós-modernos. Aqui no Brasil, em tese, isso não seria diferente, já que a interpretação de textos normativos é tarefa cometida aos tribunais, tradicionalmente.

Mas, na prática, tenta-se por vezes criminalizar a interpretação judicial, sobretudo em países de desenvolvimento tardio, como é o nosso caso, na vã – e por que não dizer quixotesca? – tentativa de ignorar a complexidade do fenômeno interpretativo e de submeter o Judiciário às vontades dos representantes eleitos

⁹O marco histórico mais preciso é, naturalmente, o pós-segunda-guerra, momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ocupar a centralidade dos ordenamentos jurídicos na quase totalidade dos países democráticos.

pelo povo (vontades estas que não se confundem, muitas vezes, com as vontades dos representados)¹⁰.

Citamos como exemplo recente o Projeto de Lei nº 4.754/2016¹¹, de iniciativa do Deputado Sóstenes Cavalcante (DEM-RJ) e de outros 22 deputados, que tipificava como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) “a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.

Consoante o autor da proposição, a previsão legal sobre crimes de responsabilidade é pródiga ao listar os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, mas lacônica ao fazer o mesmo com os membros do Judiciário. Assim, na visão do proponente, mostrar-se-ia necessário tipificar criminalmente a conduta para conter o *ativismo* do Poder Judiciário, porquanto, em suas palavras, “o Tribunal estaria usurpando as atribuições dos demais Poderes da República”¹².

Tal manifestação legislativa, lamentavelmente apoiada por considerável parte dos membros que compõem a Câmara dos Deputados – o que se deduz pelas declarações públicas dadas por diversos deputados bolsonaristas e pela votação apertada que culminou com o arquivamento do Projeto de Lei na Comissão de Constituição e Justiça –, deu-se como reação dos congressistas da ala conservadora às decisões de caráter mais progressista proferidas por nossa Suprema Corte, ainda que muito bem fundamentadas e consentâneas com o espírito da Carta de 1988. Um dos mais

¹⁰ Indica-se aqui, a propósito do tema da representação popular nas democracias liberais, o seguinte texto do Professor de Direito Público da Universidade de Bordeaux Julien Giudicelli, que filosoficamente aborda a falácia dessa representação: GIUDICELLI, Julien. A ilusão representativa. Tradução de Murilo Strätz. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**: – PGE-RJ, v. 5, n. 1, p. 1-24, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v5i1.286>. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286>. Acesso em: 15 abr. 2023.

¹¹ O Projeto foi felizmente arquivado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. O parecer apresentado pelo Dep. Pompeo de Mattos retratou a tese vencedora, a qual atribui graves defeitos a tal projeto, por considerá-lo, em suma, “extremamente subjetivo e amplo, sem um foco claro no sentido de definir um regramento transparente e específico na relação entre os três poderes” (Inteiro teor disponível em: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 25 jan. 2022.

¹² E, sobre o alegado ativismo judicial, o Deputado destacou, *verbis*: “Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta Casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05ado8domwrqr1s7tt7pf44wuw27791720.node0?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016. Acesso em: 18 fev. 2024).

emblemáticos exemplos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, nas quais se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Mariana Barsaglia Pimentel discorre sobre o dissenso que tal aresto provocou tanto no seio da sociedade civil quanto nas instituições estatais, gerando, como uma de suas respostas, a iniciativa de aprovação do Estatuto da Família¹³.

Curial esperar-se que grandes mudanças de cenário promovidas pelos tribunais, ainda que benéficas à coletividade, garantidoras de direitos fundamentais e sintonizadas com os preceitos constitucionais, encontrem resistência institucional ou, no mínimo, corporativa de membros de outros Poderes e de certos segmentos da sociedade civil. Tal reação é conhecida pelo termo anglófono *backlash*¹⁴.

Se tais reações já ocorrem – ou, pelo menos, são esperadas – em decisões de natureza constitucional que nem sequer podem ser consideradas estruturantes, não nos surpreende que os veredictos proferidos em processos estruturais causem, com muito mais razão, reações institucionais ainda mais evidentes.

Com efeito, para toda, ou quase toda, ação de um Poder do Estado há uma reação institucional. Dessa forma, certas ações ou comportamentos judiciais podem desencadear reações ou respostas, sejam legislativas, sejam executivas. E isso ocorre tanto aqui quanto em outros países, mas no Brasil as reações costumam ser mais duras, pois, além de se dirigirem à instituição judiciária em si, por vezes miram pessoalmente os seus membros.

Aquele Projeto de Lei padecia de vícios tão graves que poderiam dar azo à tipificação do que Rui Barbosa denominava, há mais de um século, de “crime de

¹³ PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de informação legislativa*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 10 jan. 2024.

¹⁴ O termo se disseminou pela comunidade jurídica a partir da década de setenta, com o caso *Roe x Wade*, no qual a Suprema Corte norte-americana legalizou o aborto nos EUA, em 1973, indo além do pedido formulado pelas partes (que controvertiam apenas sobre a autorização do aborto nos casos de gravidez resultante de violência contra a mulher). O *backlash* é, desde então, visto por alguns como uma reação sadia, apta a fomentar o debate social, a democracia e o pluralismo, tal como o entendem Robert Post e Reva Siegal; já para outros, como Cass Sunstein, tal reação costuma ser malfazeja, à medida que pode encorajar um retrocesso jurídico, a dar-se em detrimento de certos direitos já conquistados. Sobre os argumentos favoráveis ao *backlash*, vide: POST, Robert; SIEGAL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, n. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024. E sobre os argumentos desfavoráveis ao *backlash*, vide: SUNSTEIN, Cass R. *Backlash's travels*. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 157, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970685. Acesso em: 12 jan. 2024.

hermenêutica”¹⁵, dada a vagueza da previsão nele encetada (“usurpação de competência legislativa ou executiva por parte do Judiciário”). Em razão disso, tal projeto foi, acertadamente, glosado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, que se manifestou por sua rejeição, porém, em votação apertada (33 votos contrários à proposta, e 32 favoráveis).

Outra posição não era mesmo de se esperar da Comissão – apesar de a diferença de apenas um voto surpreender até mesmo os juristas mais críticos à postura do STF. Tratava-se de guardar coerência com o disposto na Lei nº 13.869/2019, que disciplina a responsabilidade dos magistrados em caso de abuso de autoridade, cujo artigo 1º, § 2º, ressalva que “[A] divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”¹⁶. Deve também ser ressaltado que a lei atual, cuja importante ressalva o Projeto não poderia ter desconsiderado, representa nítida evolução em relação à previsão contida, por exemplo, no antigo Código Penal de 1890 dos então chamados Estados Unidos do Brasil, promulgado pelo Decreto nº 847/1890, que criminalizava a conduta do funcionário que, por sentimento pessoal (tipo penal intitulado prevaricação), julgasse ou procedesse contra *literal disposição de lei*¹⁷. Quanto a este ponto, vale acrescentar que o próprio Código de Processo Civil de 2015, ao prever as hipóteses de cabimento da ação rescisória, reviu a oração “violar literal disposição de lei”, utilizada no artigo 485, V, do Código de 1973, para substituí-la pela oração “violar manifestamente norma jurídica”, tal como consta da redação do atual artigo 966, V, dada a impertinência de resgatar, em pleno século XXI, o uso do argumento da *literalidade* (ao menos em sentido forte, na acepção de *literalismo radical*), no sentido que lhe atribuíam os exegetas do século XVIII.

Despiciendo observar que a defesa hermenêutica do *literalismo radical* res-pira por aparelhos desde os estertores do século XIX. Não obstante, o *literalismo*

¹⁵ Dissecando a estrutura típica do “*novum crimen*”, Rui Barbosa sublinhou, na bem-sucedida defesa que fez perante o Supremo Tribunal de um juiz brasileiro acusado de desrespeitar a hierarquia judiciária na interpretação da lei, a importância da irresponsabilidade judicial na interpretação do Direito escrito (BARBOSA, Rui. O júri e a independência da magistratura: Revisão Criminal n. 215. In: BARBOSA, Rui. **Posse de direitos pessoais, O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 227-229. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/182>. Acesso em: 13 jun. 2024).

¹⁶ Inteiro teor disponível em: BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em 18 fev. 2024.

¹⁷ “Art. 207. Cometerá crime de prevaricação o empregado publico que, por afeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1º. Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei; [...]” (Inteiro teor disponível em: BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Brasília: Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

moderado não deixa de ainda possuir um certo valor acadêmico. A crítica que, com base nele, se faz aos *antiliteralistas radicais* é que certas previsões legais, por vezes, não são consideradas sequer como um necessário “ponto de partida” para a interpretação e a consequente fundamentação judicial. Para Tecla Mazzarese, a utilidade da interpretação *literal* é justamente a de servir de *ponto de partida* para o ato de interpretar¹⁸. Acrescentaríamos, a esta, outra utilidade da técnica literal (enquanto mera ferramenta da interpretação, e não ainda o seu produto final ou resultado), que é a de oferecer também *limites semânticos* mínimos ao intérprete, já que os signos gramaticais não podem ser de todo desprezados.

As palavras importam, sim, e até mesmo ostentam uma certa “autonomia semântica”¹⁹, por mais que a consideração do contexto pelo intérprete seja sempre essencial. Como corolário disso, pode-se dizer, com Frederick Schauer, que, diante de um problema jurídico, a linguagem legal pode fornecer, por si só, uma resposta plausível, uma resposta ruim ou mesmo não oferecer resposta alguma, a depender do caso. A terceira hipótese é a menos usual²⁰.

Nesse sentido, tendemos a nos filiar à corrente do *literalismo moderado*, pois, não desprezando o fato de que a interpretação literal está longe de ser um *ponto de chegada* na extração do conteúdo de um texto, concordamos com o fato de que ela é, no mínimo, um *relevante ponto de partida*, a ser sempre cotejado com outros pontos de partida, linguísticos e não linguísticos, de modo que todos eles estejam devidamente situados nos contextos geral e específico em que é inserido o objeto interpretado. Devem também ser levadas em conta, de outro lado, a historicidade e as pré-compreensões de sentido compartilhadas pela comunidade linguística, das quais

¹⁸ MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 23, p. 622, 2000. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.22>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-interpretacion-literal-juristas-y-linguistas-frente-a-f>. Acesso em: 13 jun. 2024.

¹⁹ Frederick Schauer afirma que a linguagem carrega consigo mesmos conteúdos semânticos ordinários, apesar do uso excepcional, figurado ou extraordinário que certas pessoas possam fazer dela em ocasiões particulares (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1991. p. 58).

²⁰ E Schauer observa ser raro que o significado literal das palavras contidas na lei não seja suficiente para determinar o resultado final da solução jurídica, já que a maioria das disputas enquadra-se no conceito de “casos fáceis”, *verbis*: “If the words of the law provide a sensible solution to a problem or a dispute, even if not the only sensible answer, it is rare for the literal meaning of the words not to determine the legal outcome. Indeed, such cases are unlikely to be disputed, and, if disputed, unlikely to be litigated, and, if litigated, unlikely to be appealed. Lawyers often talk of hard cases, but there are many easy cases as well. 22 When the language of a statute is clear and produces a sensible result, we have an easy case of statutory construction. In such cases, the sensible resolution provided by the words of the statute alone will normally be dispositive” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p. 157).

o intérprete não pode também jamais se descurar. A partir dessas premissas, conclui-se que o ato de interpretar não é assim tão livre e desprovido de amarras quanto os *antiliberalistas* radicais supõem. Há, pelo menos em relação à interpretação judicial, “constrangimentos substantivos”²¹, para nos valermos de uma expressão cara a Hart.

Porém, para não fugirmos ao escopo do presente ensaio, encerramos este tópico concluindo pela evidente ilegitimidade de qualquer iniciativa legislativa voltada a criminalizar a interpretação judicial ou a contorná-la pelos demais Poderes, sob pena de tipificar-se o *delito de exegese*, por maiores que sejam os *backlashes* causados pela ativa e independente atuação do Supremo no desempenho da sua grave missão constitucional.

Nesse sentido, também nos parece ser ilegítima – e certamente será censurada pelo STF no momento oportuno, caso seja aprovada pela Câmara dos Deputados – a mais recente tentativa esboçada pelo Congresso Nacional de intimidar a Corte Constitucional, agora substanciada na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 8/2021, aprovada pelo Plenário do Senado em novembro de 2023, que pretende interferir no modo de funcionamento da Corte²². A dinâmica decisória do Supremo apenas a este pertence, não cabendo a nenhum outro Poder arvorar-se na prerrogativa de reformular a maneira pela qual os seus Ministros decidem, na medida em que o *modus decidendi* é assunto *interna corporis* da Casa de Justiça.

Esta última investida do Legislativo em face do Supremo nos parece uma reedição da malfadada PEC nº 33/2011, a qual foi devidamente arquivada em 2015 pela Câmara dos Deputados, após ter sido inadvertidamente aprovada por sua Comissão de Constituição e Justiça. Apesar das sofisticadas críticas feitas por Juliano Zaiden Benvindo²³ ao fato de a “última palavra” caber ao Supremo, mormente em conflitos

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 336.

²² A referida PEC altera a Constituição Federal para dispor sobre pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Após aprovada pelo Plenário do Senado, a PEC foi encaminhada à Câmara dos Deputados, conforme andamento legislativo disponível em: BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-8-2021>. Acesso em: 18 fev. 2024.

²³ O crítico afirma, com apoio no constitucionalismo popular de Waldron e Tushnet, que o local para debate sobre desacordos entre direitos insere-se melhor no ambiente do Legislativo do que no das cortes judiciárias, as quais dispõem de menor coeficiente de legitimidade democrática que o parlamento. Benvindo insurge-se, em verdade, contra a própria construção argumentativa segundo a qual algum Poder seria o “detentor da última palavra” (BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 79-81, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 13 jun. 2024). No

institucionais, levando o autor a enaltecer os pilares nos quais aquela PEC arquivada se decompunha – como a submissão de certas decisões do STF ao referendo do Congresso Nacional, o aumento do quórum para determinados pronunciamentos e a restrição aos efeitos vinculantes de sua Súmula –, entendemos que o princípio da Separação dos Poderes não permite que as interpretações constitucionais feitas pelo Supremo possam ser glosadas por outro Poder da República.

3. Processos estruturais e diálogos institucionais

Ao longo do presente trabalho, evitaremos o emprego da já desgastada expressão *ativismo judicial*, uma vez que, a par de plurívoca e um tanto distorcida pelo uso ideológico que dela fazem os críticos de certas decisões judiciais, a expressão contém um ranço pejorativo que não se coaduna com o rigor técnico exigido de uma produção acadêmica.

Com efeito, o rótulo do *ativismo* tanto pode ser utilizado para enaltecer o órgão a que se refere (*vide* a Corte Warren, por exemplo, considerada *ativista*, mas muito elogiada por ser protagonista em um período de decisões progressistas do constitucionalismo estadunidense), quanto pode ser utilizada para desqualificar um órgão judicial, atribuindo-lhe a pecha de decisionista, voluntarista ou solipsista. Em regra, este último sentido é o mais corrente, sobretudo quando o termo é utilizado pelos partidários de uma postura judicial mais minimalista, textualista e autor-restritiva. Originado nos Estados Unidos da América, o termo *ativismo* designava, à primeira vista, um comportamento salutar da Suprema Corte norte-americana, voltado apenas a suprir as lacunas indesejáveis deixadas pelos demais Poderes, cujo não preenchimento, pelo Tribunal Constitucional, acabaria por legitimar uma recusa institucional à proteção realmente efetiva dos direitos fundamentais. Porém, o expansionismo desmedido da jurisdição constitucional e o abandono da postura de *self-restraint* por algumas cortes contribuíram para moldar o sentido mais pejorativo que o termo assume nos dias de hoje²⁴.

ponto divergimos, porém, do referido professor da UnB, pois entendemos ser uma exigência da própria noção de segurança jurídica, em prol do jurisdicionado, saber-se, de antemão, qual órgão de estado é o incumbido de resolver definitivamente sobre eventuais controvérsias.

²⁴Para uma visão mais profunda sobre a história e os empregos mais usuais da expressão *ativismo judicial* nos EUA, *vide*: KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, Oct./2004.

Ao uso do termo ativismo, preferimos a compreensão de que as decisões incidentes sobre temas geradores de *desacordos morais razoáveis* são mais bem estudadas no dinâmico campo dos diálogos institucionais do que na estática seara da mera aplicação da lei, a qual ingenuamente identifica no preceito normativo o produto pronto e acabado da interpretação.

E, transportando-se essa compreensão epistêmica para o estudo dos processos estruturais, a utilidade da teoria dos diálogos institucionais torna-se ainda mais evidente, ao menos para os juristas que se propõem a fazer análises seguras sobre os efeitos sistêmicos de certas decisões judiciais, mormente as de caráter estruturante.

Robert Alexy explica que a atividade jurisdicional não tem apenas um caráter proposicional ou discursivo, mas também um aspecto *institucional*, que é fundado na autoridade do tribunal competente para decidir. Problemas de ordem hermenêutica, derivados de *desacordos morais razoáveis*, costumam ocorrer quando as autoridades judiciais competentes valem-se de sua posição institucional para veicular, em suas decisões, “argumentos não institucionais”²⁵.

Tais argumentos – em regra lastreados em fundamentos morais, pragmáticos ou éticos – acabam sendo usados por magistrados como discursos não apenas de *aplicação* ou *justificação*, mas também de *fundamentação*, em suas decisões²⁶. Ao abarcar juízos tanto de *subsunção* quanto de *ponderação*, a *pretensão alexyana de correção* envolve, como se vê, aspectos de revisão da lei positiva que vão muito além da sua mera “interpretação conforme” ou da declaração pura e simples de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto.

Confere-se aos juízes, com isso, um poder de criar normas frontalmente contrárias às promulgadas pelo legislador e até mesmo pelo próprio constituinte, desde que tal poder criativo obedeça a contornos procedimentais e tenha características *discursivas*²⁷. Entretanto, por mais *discursivo* que possa teoricamente ser esse procedimento judicial de criação de normas – e na prática raramente o é –, não é difícil

²⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 318-320.

²⁶ Alexy afirma, a propósito, que “a distinção entre a fundamentação e a aplicação de uma norma pode contribuir somente pouco para o problema, tão central no estado constitucional democrático, da delimitação das competências do legislativo daquelas do poder judicial” (ALEXY, Robert. Prefácio. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11).

²⁷ ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

imaginar as situações teratológicas que podem ser geradas a partir do uso desenfreado desses “discursos de fundamentação” na criação de premissas por juízes e tribunais. García Amado bem ilustrou, em palestra realizada em 18 de novembro de 2021²⁸, um dos absurdos que tal poder pode ensejar, dando o exemplo da utilização, em processo criminal e com posterior autorização judicial, de prova ilícita em desfavor do réu, o que é constitucionalmente vedado, por mais nobres moralmente que sejam as intenções do órgão julgador.

Assim, além do poder de justificar a *aplicação* de uma norma geral ao caso concreto mediante “discursos de aplicação”, o juiz passa também a ter o poder de criar novos fundamentos para tanto, a dar-se por meio de “discursos de fundamentação normativa”²⁹.

Portanto, segundo Alexy, todo discurso de aplicação acaba por contemplar um discurso de fundamentação. Ao desconsiderar ou, no mínimo, reformular os mandamentos normativos que deveriam servir de premissas ao raciocínio jurídico, tal discurso de fundamentação realizado pelo juiz em substituição à fundamentação normativa já emanada do legislador, carece de fundamento válido de legitimidade. Com efeito, se, por um lado, a Constituição garante ao Judiciário papel primordial na aplicação do Direito, de outro lado, ela também deixa clara a especial proteção que consagra aos princípios da legalidade, da Separação dos Poderes, do Estado de Direito (*Rule of Law*), da liberdade, da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal, entre outros.

Essa é a tensão, já abordada no tópico 1, que se observa na confrontação entre o binômio *democracia-eficiência*, de um lado, e o trinômio devido *processo legal – segurança jurídica – legalidade*, de outro. São as arestas resultantes dessa contraposição que o presente ensaio busca aparar.

E é aqui que os *diálogos institucionais* passam a desempenhar, nessa primeira quadra do século XXI, papel relevante enquanto tentativa orgânica de se estabelecer um consenso racional entre a normatividade prévia da legislação em abstrato e

²⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico. In: FÓRUM NACIONAL DOS CENTROS DE ESTUDOS E ESCOLAS DAS PGES e PGDF. *Ciclo de Capacitações “TGD & Filosofia do Direito”*. [S.l.]: FONACE, 2021. 1 vídeo (2:05:40). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=10S4VOrGSwI>. Acesso em: 13 jun. 2024.

²⁹ ALEXY, Robert. Fundamentação de normas e aplicação de normas. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59.

a normatividade concreta diante dos conflitos de interesses que são submetidos à apreciação judicial.

É nas decisões de última instância da Suprema Corte de cada país que a tensão entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional costuma encontrar seu pináculo.

A interpretação das cláusulas gerais e dos princípios contidos na Constituição – grande parte dos quais vazados em linguagem com textura acentuadamente aberta – costuma despertar desacordos morais razoáveis e, por isso, ser objeto de disputas ideológicas acirradas.

É na Constituição que o Direito e a Política encontram o ponto mais formal de convergência entre as aspirações mais elementares de um povo e as restrições mais estruturantes impostas por sua cultura jurídica, entre as quais se inserem, por exemplo, as vedações a penas de morte, cruéis ou degradantes (ainda que considerável parcela da população se declare contrária a tais vedações), bem como a proteção intransigente dos direitos humanos (ainda que considerável parcela da população se declare contrária a eles, como se se tratasse de uma mera benesse concedida pelo Estado a criminosos), das liberdades em geral e do devido processo legal.

Não são poucos os segmentos sociais que acusam o texto constitucional de ser excessivamente libertário, de conceder direitos demais (sobretudo os de natureza social e aqueles que veiculam prerrogativas processuais dos acusados) e de tratar com desmedido laxismo os condenados pelo sistema penitenciário e os presos em geral. Tais acusações – obviamente levianas – não poupam nem mesmo magistrados e órgãos judiciários que, em vez de agirem como *justiceiros*, “ousam” aplicar os direitos e as prerrogativas previstos no texto constitucional, como se este pudesse ser derrogado por decisões judiciais.

Boa parcela dos parlamentares – formada sobretudo pelos representantes eleitos em outubro de 2022 sob o influxo do bolsonarismo – reverbera, no Congresso Nacional, as vozes reacionárias de seus representados e exige que o Judiciário brasileiro em geral e o Supremo Tribunal Federal, em particular, deixem de aplicar dispositivos constitucionais e legais dos quais os eleitores mais conservadores (situados em regra mais à direita do espectro político) não sejam simpatizantes.

A partir da tensão verificada entre tais setores e a cúpula do Judiciário, instala-se uma crise de legitimidade da Corte Constitucional perante boa parcela

do eleitorado, que passa a não mais respeitar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a até mesmo atacar a Corte e seus Ministros. Além dos já numerosos episódios de Ministros sendo hostilizados em frente de suas casas, em aeroportos e nas ruas por eleitores de Bolsonaro, citam-se os trágicos ataques sofridos pelo STF em 8 de janeiro de 2023 na praça dos Três Poderes, em Brasília, ocasião em que centenas de vândalos e golpistas, descontentes com o resultado da eleição presidencial e com as últimas decisões do Pretório Excelso e do Tribunal Superior Eleitoral, invadiram o edifício-sede da Justiça e destruíram praticamente todas as suas instalações, além de cadeiras, mesas e togas dos Ministros encontradas em seus gabinetes e no Plenário da Corte. Nem mesmo as obras de arte que ornamentavam aquele prédio histórico, como o valioso quadro da artista brasileira Tarsila do Amaral, foram poupadas pelos *haters*, o que trouxe danos materiais de altíssima monta e irreparáveis prejuízos ao patrimônio histórico-cultural nacional. Em resposta a tal evento devastador, o Supremo lançou a campanha #democraciainabalada³⁰, iniciativa que foi agraciada na 10ª edição do evento “Prêmios Lusófonos da Criatividade”³¹.

O diálogo com o Congresso Nacional, cujas instalações também foram duramente depredadas na fatídica tentativa de golpe de Estado, e com o Poder Executivo nunca foi tão necessário para mitigar a grave crise de legitimidade pela qual infelizmente passa o Judiciário brasileiro.

A teorização sobre *diálogos institucionais* remonta aos Estados Unidos da América (EUA) da década de 1960, ocasião em que Alexander Bickel, com sua obra seminal intitulada *Supreme Court and the idea of progress*³², propugnou academicamente a tese de um “*continuing colloquy*” entre os três órgãos responsáveis pelas principais funções do Estado. De acordo com contextualização histórica relatada na tese de doutoramento defendida por Miguel Godoy, Bickel teria sido um dos primeiros autores que buscou conferir maior legitimidade democrática às decisões judiciais sobre controvérsias morais, revisando o conceito de supremacia judicial

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF lança campanha Democracia Inabalada em resposta aos ataques de 8 de janeiro: entre 17 de janeiro e 1º de fevereiro, vídeos e posts serão exibidos para destacar que a democracia e a Suprema Corte saem fortalecidas dos episódios criminosos. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 17 jan. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500663&ori=1>. Acesso em 20 mar. 2023.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Campanha #democraciainabalada do STF é premiada em Portugal: Decano da Corte, ministro Gilmar Mendes, retirou o prêmio e o entregou à ministra Rosa Weber. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 3 maio 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506665&tip=UN>. Acesso em: 4 maio 2023.

³² BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New York: Harper & Row, 1970.

e, em consequência, trazendo à reflexão da comunidade jurídica a necessidade de refrear eventuais excessos decisoriais das Supremas Cortes em assuntos políticos. E o caminho, para tanto, seria um comportamento judicial pautado na virtude da *prudência* e lastreado em *princípios*, o que diferenciaria a Suprema Corte, enquanto “animal político” que também é, tanto do Parlamento quanto do Executivo³³.

Sabe-se que nos EUA concorrem entre si pelo menos três grandes correntes de pensamento, no que tange à interpretação judicial, as quais podem ser classificadas em: 1) *interpretativismo* (a considerar que há um dever de fidelidade literal dos órgãos judiciais em relação aos textos jurídicos que lhes cabem interpretar, a abranger tanto o *textualismo* quanto o *originalismo*); 2) *não interpretativismo* [a sustentar: 2.1) uma interpretação evolutiva; 2.2) uma leitura moral da Constituição; e 2.3) um pragmatismo jurídico]; e 3) *constitucionalismo popular*: a defender que os tribunais sejam afastados da tarefa de interpretar a Constituição, valorizando-se, assim, os ambientes públicos de deliberação pública para além das barras das cortes judiciais³⁴.

A aplicação dos *diálogos interinstitucionais* parece encontrar terreno mais fértil na segunda e na terceira vertentes teóricas vistas acima, mas isso não impede tal aplicação de produzir bons frutos também em outros desenhos judicialiformes, ainda que mais afinados com a tese da *supremacia judicial*, como é o caso do modelo brasileiro.

O legislador nacional, inspirado tanto nos teóricos estadunidenses dos diálogos institucionais³⁵ quanto na perspectiva pluralista defendida na Alemanha por Peter

³³ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 108-112. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 18 fev. 2024. Godoy também aponta que, segundo Bickel, a Suprema Corte pode decidir “não decidir”, com vistas a, assim, incentivar, ainda que por via oblíqua, processos deliberativos na sociedade, de modo a que sejam construídos novos consensos sobre certas divergências observadas acerca de princípios muito disputados nos meios sociais.

³⁴ Um dos principais expoentes do constitucionalismo popular é Mark Tushnet, com a obra: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Nela, Tushnet afirma categoricamente, já na pág. 6, que o significado da Constituição não coincide necessariamente com a opinião que a Suprema Corte tem sobre o texto constitucional, *verbis*: “*What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means*”.

³⁵ Após a obra pioneira de Alexander Bickel, já referida acima, inúmeros estudos começaram a ser feitos acerca do instituto dos *diálogos institucionais*, com destaque para a obra publicada por Louis Fisher em 1988 e, quase duas décadas mais tarde, para o artigo que sistematiza os diálogos em categorias (diálogos em perspectiva empírica x diálogos em perspectiva normativa), de autoria de Christine Bateup, publicado em 2006, quais sejam, respectivamente: 1) FISHER, Louis. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. Princeton, N.J.: Princeton University Press, c1988; 2) BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 18 fev. 2024. Adrian Vermeule também fornece

Häberle³⁶, permeou nossos diplomas legais de dispositivos voltados a estimular uma crescente participação popular do processo decisório nos tribunais, seja por meio da atuação dos *amici curiae*³⁷, seja mediante audiências públicas³⁸. Mas as contribuições trazidas pelos diálogos institucionais, tanto formais quanto informais, não se exaurem por aí. O emprego cotidiano de técnicas dialógicas entre as funções estatais e, sobretudo, entre estas e a sociedade civil, pode contribuir para mitigar diversos outros tipos de tensão observados na jurisdição em geral, aqui incluída a infraconstitucional, para além, portanto, da interpretação exercida pela Suprema Corte sobre o texto da Carta Magna.

Tanto isso é verdade que o Constituinte derivado brasileiro já criou o “instituto da relevância da questão federal”³⁹ para recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à interpretação das leis federais, bem como dos tratados e das convenções internacionais. Ao interpretar a lei, os pronunciamentos qualificados do STJ ostentam caráter vinculante para os demais tribunais,

uma perspectiva digna de nota neste livro: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006. p. 153 e ss. E, ao lado de Cass Sunstein, Adrian Vermeule já havia abordado o tema neste artigo coautorial: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 156, p. 1-55, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 18 fev. 2024. Para um panorama geral acerca dos principais estudos norte-americanos sobre a temática *diálogos institucionais*, vide: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: S.A., 1997.

³⁷ Citam-se como exemplos de previsão legal do *amicus curiae* os artigos 7º, § 2º, e 18 da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2024), bem como o artigo 138 do Código de Processo Civil (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 jun. 2024).

³⁸ Citam-se como exemplos de previsão legal da audiência pública os artigos 9º, §§ 1º e 2º, 12-E, § 1º, e 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.868/1999, bem como os artigos 983, § 1º, e 1.038, II, do CPC, e, ainda, o artigo art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2024).

³⁹ Trata-se da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 125/2022, que deu nova redação ao artigo 105 da Constituição, incluindo-lhe o § 2º, para incluir o requisito recursal da demonstração, pelo recorrente, da “relevância da questão federal”, para a interposição de recursos especiais destinados ao STJ, *verbis*: “§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

haja vista que a Constituição atribuiu a essa Corte Superior a grave competência de uniformizar, para todo o território nacional, a interpretação da legislação federal infraconstitucional, o que é confirmado pelo artigo 927, III e IV, do CPC.

No exercício desse importante mister, caberá ao STJ a tarefa, que paralelamente já cabe ao STF no plano da interpretação constitucional, de dialogar com a sociedade em geral e com os demais Poderes da República, em especial, sobre a melhor interpretação a prevalecer sobre os textos normativos de natureza legal, a qual deverá ser, na medida do possível, replicada pelas demais cortes brasileiras nos processos de suas respectivas competências.

Assim, mais do que simplesmente impor sua interpretação aos jurisdicionados, aos tribunais inferiores e à comunidade jurídica em geral, caberá aos Tribunais Superiores, com destaque para o STF e o STJ, dialogar com os representantes da sociedade e chegar a um *consenso* sobre o significado, respectivamente, das normas constitucionais e legais.

O problema que daí adviria, segundo poderiam alertar alguns observadores mais atentos à ortodoxia que a supremacia judicial impõe a todos quando se trata de interpretar textos normativos, diz respeito à possibilidade de *interpretações negociadas*, cujo teor se distancie das melhores técnicas interpretativas.

Suponhamos que um tribunal, após dialogar com representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, entre em acordo com estes sobre uma determinada interpretação de artigo de lei que veicule prerrogativa processual das partes em juízo. Assim, a partir de argumentos consequencialistas, corporativistas ou pragmáticos em geral, apontando a dificuldade de se colocar em prática a fruição de certo direito de natureza processual, a Corte entende por bem flexibilizá-lo a partir de fundamentos contranormativos. Imagine-se no exemplo da *audiência de custódia*. Após *lobby* da bancada policial junto ao Congresso Nacional e à Presidência da República, representantes das categorias policiais, quase sempre descontentes com a exigência legal e insuperável de realização de audiências de custódia para toda e qualquer pessoa presa, conseguem convencer os membros do tribunal a torná-la desnecessária para certas hipóteses legais.

Em tal exemplo, por mais consensual e dialógica que tenha sido a interpretação judicial assim formada, não há como admitir-se a sua validade jurídica, ao menos sem que se violem os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Esse singelo exemplo demonstra que a utilização das técnicas proporcionadas pelos diálogos institucionais, embora recomendável, não atesta, por si só, a correção material da interpretação jurídica daí decorrente.

Aliás, nenhum método, por mais seguro que seja, representa garantia absoluta de decisões tecnicamente perfeitas ou acima de qualquer suspeita, haja vista que a prolação de decisões judiciais corretas – no sentido do maior grau possível de correção material que elas buscam alcançar – é um fenômeno extremamente complexo e depende, portanto, de inúmeros fatores, os quais vão até mesmo além da honestidade e da mera capacidade técnica da autoridade prolatora. E tal complexidade ganha contornos ainda mais notórios quando se trata de decisões estruturantes, tal como se verá em exemplos práticos no próximo tópico.

Quanto às aptidões cognitivas do órgão julgador, a noção de “capacidades institucionais”⁴⁰ fornece elementos interessantes para refrear o ímpeto de alguns setores judiciários de tentar substituir, pela discricionariedade judicial, a discricionariedade técnica que a lei relega a outros órgãos e/ou agentes públicos. Isso se dá, sobretudo, em temas específicos e tecnicamente áridos, cujos conflitos costumam ser dirimidos pelas agências reguladoras, as quais detêm *expertise* legalmente reconhecida para discipliná-los, sem prejuízo, no entanto, do princípio constitucional da inafastabilidade

⁴⁰Embora o tema da tensão entre o Judiciário e as agências reguladoras já tenha sido objeto de ponderações acadêmicas anteriores por parte de outros autores norte-americanos, dos quais se destaca Lon Fuller (FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgrsh/Fuller.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024), o termo *institutional capacities* foi cunhado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule em texto publicado em 2002. Nele, os autores tentam sistematizar, pela primeira vez, a noção de que os juízes nem sempre são as autoridades mais capacitadas para decidirem questões policêntricas e de caráter marcadamente técnico. De outro lado, criticam a ideia – que consideram ingênua – de que técnicas ou ferramentas teóricas puramente abstratas possam contribuir para resolver disputas interpretativas sobre questões práticas, tais como, por exemplo, se os tribunais podem afastar um determinado dispositivo legal que bane a introdução em alimentos de corantes que causem câncer. Ora, por meio desse exemplo, os autores sublinham os efeitos dinâmicos e as capacidades das instituições envolvidas no tema para resolverem eventuais conflitos, seja definindo o que se deve entender por substância carcinogênica, seja avaliando os graus de risco atribuídos a cada uma delas, sem ter de recorrer, necessariamente, a cânones interpretativos tradicionais, como os métodos literal, teleológico, sistemático etc., haja vista que estes pouco ou quase teriam a contribuir em uma discussão técnica sobre saúde pública e segurança alimentar desse jaez. Afirmam que uma teoria da interpretação que negligencie esses aspectos deve ser considerada incompleta, uma vez que “*an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation*”; não obstante, reconhecem que o tema das capacidades institucionais sempre passou ao largo das grandes teorias hermenêuticas, o que as torna, infelizmente, insuficientes para dar conta dos verdadeiros conflitos suscitados pela interpretação de textos legislativos na prática (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*).

do controle judicial, plasmado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna⁴¹, o qual não deve jamais ser negligenciado.

Nesses casos, a autocontenção judicial presta reverência às *capacidades institucionais* de outros órgãos e revela uma salutar atitude de humildade técnica em relação a temas que exigem aprofundado conhecimento científico – de preferência por parte de uma instituição criada para esse fim específico, a qual não pode, por isso mesmo, ser simplesmente substituída por um perito nomeado pelo juiz para um caso concreto. Tratando-se de um conhecimento técnico dominado por especialistas e assegurado por órgão ou ente institucionalmente vocacionado para regular a matéria, muito mais do que simplesmente da maior ou da menor capacidade intelectual de um perito individualmente considerado, tal conhecimento não pode ser desprezado pelos juízes no exercício cotidiano da judicatura⁴².

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, ao vislumbrarem um esboço de desmonte do Estado Administrativo contemporâneo, criticam a sinalização aventada por alguns magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América de, em homenagem à legalidade, retomar-se a “doutrina da não delegação” (“*non-delegation doctrine*”), segundo a qual o legislador não deveria editar leis sem conteúdo normativo que previsse expressamente os modos pelos quais a Administração Pública deveria atuar diante do administrado, sob pena de criar-se um governo paralelo ao eleito e, portanto, desprovido de legitimidade democrática. Segundo a crítica feita por Sunstein e Vermeule, a mudança ensaiada pela Suprema Corte acabaria por enfraquecer o poder discricionário e a independência técnica das agências reguladoras, dado o caráter elástico e genérico das disposições legais que, por meio de cláusulas gerais, atribuem amplos poderes a tais agências – cláusulas gerais estas

⁴¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

⁴²Carlos Alexandre Azevedo de Campos relembra os fundamentos da postura judicial de *self-restraint*: “A autorrestrição estrutural em razão da capacidade jurídico-constitucional dos outros poderes resulta do *status* de autoridade constitucionalmente atribuído ao agente que praticou o ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade. Vinculada à questão da legitimidade democrática, a deferência é também justificada em função das regras de organização e separação de poderes que estão no coração de toda estrutura constitucional. Quanto maior for a autoridade que a Constituição atribuir para determinado ator político praticar o ato normativo questionado, mais deferência deverá ser prestada por juízes e cortes. Aqui, democracia e separação de poderes atuam juntos em favor da autorrestrição judicial” (CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. Dimensões da autorrestrição judicial. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 251).

que correm o risco, doravante, de serem declaradas inconstitucionais por ofensa ao princípio da legalidade e ao *rule of law*⁴³.

Para Sunstein e Vermeule, até mesmo o método de interpretação a ser priorizado dependerá do grau de familiaridade que o órgão interpretante detém sobre o tema. Assim, em comparação com os tribunais, as agências reguladoras possuiriam maior sensibilidade (“*good sense*”) para aferir as situações em que uma interpretação menos literal de um regulamento, por exemplo, poderia gerar maior ou menor instabilidade para todo o esquema regulatório. O Judiciário, por sua vez, não estaria tão familiarizado com certos temas específicos a ponto de saber o real impacto que uma interpretação menos formalista provocaria sobre a segurança da regulação em questão⁴⁴.

Os referidos autores levam em conta, em sua abordagem institucional, o fato de que os juízes não são perfeitos, bem como a falácia de que partem os teóricos ao questionarem como eles mesmos, na condição de especialistas, decidiriam de modo ideal certa controvérsia se estivessem no lugar do juiz do caso, em vez de formularem a seguinte pergunta, que seria muito mais honesta do ponto de vista empírico: “*how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?*”⁴⁵. A formulação da pergunta, aqui, é mais importante e determinante que as eventuais respostas, ao menos para a definição do impacto, positivo ou negativo, que cada modalidade de interpretação adotada, que pode ser mais ou menos textualista, causará em termos de efeitos sistêmicos.

Em suma, segundo Sunstein e Vermeule, o simples fato de se reformular a pergunta, trazendo para dentro dela aspectos empíricos que são quase sempre desconsiderados pelo formalismo jurídico, abstrato por natureza que é, fará os teóricos

⁴³ Nas palavras dos autores: “*Four members of the U.S. Supreme Court, and possibly five, have indicated that they would like to revive the ‘nondelegation doctrine’, which would forbid Congress from granting excessively broad or uncabined discretion to administrative agencies such as the Environmental Protection Agency, the Department of Labor and the Department of Transportation*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *The very structure of modern government is under legal assault: here’s how to defend it*. **The New York Times**, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>. Acesso em: 18 fev. 2024).

⁴⁴ “*Compared to courts, agencies are likely to have a good sense of whether a departure from formalism will seriously damage a regulatory scheme; hence it is appropriate to allow agencies a higher degree of interpretive flexibility*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. p. 4).

⁴⁵ “*Como devem proceder juízes falíveis, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordenamento privado e público?*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*”. p. 47). Tradução livre.

da interpretação revisarem os seus próprios métodos, direcionando os mais adequados, por sua vez, para cada situação concreta.

Isso não significa dizer, todavia, que deva haver uma reverência judicial cega e absoluta em relação às decisões dos órgãos técnicos, pois ninguém está imune a erros, obviamente; mas deve haver, no mínimo, o reconhecimento judicial da presunção de legitimidade, até provas substanciais em sentido contrário, das escolhas técnicas tomadas pelos órgãos competentes para regular a matéria.

Tal prática consiste em respeitar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos.

O Judiciário deve ter compreensão de suas limitações em certas hipóteses e agir a partir dessa tomada de consciência, sob pena de trazer ainda mais instabilidade para os conflitos de interesses que desaguam diariamente nas barras de seus já sobrecarregados tribunais. O Judiciário não pode agir como se detivesse o monopólio do conhecimento.

Até mesmo Scott Shapiro, que é um crítico mordaz da moralidade conservadora de Vermeule (autor que, como visto acima, prega a autocontenção judicial em temas regulados por agências ou impregnados de forte apelo moral ou político), reconhece a necessidade de certos balizamentos à hermenêutica jurisdicional, a qual não pode tornar-se refém de argumentos exclusivamente morais. Ao desenvolver uma metodologia interpretativa que denomina de “distribuição de confiança” (*the economy of trust*), Shapiro defende que a interpretação do Direito deve ser vista como a interpretação dos *planos institucionais*, ostentando supremacia sobre os planos individuais dos agentes julgadores.

Encerra-se este tópico com a conclusão parcial de que, em suma, são bem-vindas, ao menos para o Direito brasileiro, as tentativas teóricas, vistas acima, de institucionalizar a interpretação judicial por meio de parâmetros que confirmam primazia às capacidades das instituições dialogantes, se cotejadas às capacidades pessoais dos autores envolvidos. Em uma sintética expressão que enaltece o espírito de unidade de cada sistema jurídico, pode-se concluir que o Direito não se afirma negando o papel sistematizador das instituições criadas por ele mesmo; estas, sendo permanentes, devem sobrepor-se aos agentes que as integram, pois seus membros o fazem sempre temporariamente, ainda que suas investidas sejam vitalícias.

4. Estudo de caso: a competência da Justiça Federal em tema de medicamentos (Tema 1.234)

Exemplos de processos estruturais não faltam na jurisdição constitucional brasileira, e alguns deles já foram fornecidos a título ilustrativo no tópico 1 do presente trabalho.

Mas o artigo resolve focar sua análise no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.366.243, com repercussão geral (Tema 1.234). O tema de fundo é a legitimidade da União e a competência da Justiça Federal nas demandas que tratem do fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no Sistema Único de Saúde (SUS).

O RE nº 1.366.243 foi interposto pelo Estado de Santa Catarina em face de acórdão de Turma Recursal que consignara a inexistência de interesse da União para figurar no polo passivo de demanda que pleiteava o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas *não* incorporado no SUS. Eis a ementa do acórdão estadual impugnado pelo recorrente:

Saúde. Fornecimento de medicamento não padronizado. Insurgência recursal limitada à inclusão da União no polo passivo da demanda. Providência adotada na origem. Remessa dos autos à justiça federal. Reconhecimento de inexistência de interesse do ente federal, com sua exclusão do polo passivo e determinação de retorno à justiça estadual. Decisão que não comporta reanálise pela justiça estadual. Súmula 254 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes das turmas de recursos e do Tribunal de Justiça. Recurso inominado conhecido e desprovido.

A questão processual no caso concreto, como se vê, dizia respeito à incompetência da Justiça estadual para rever decisão da Justiça Federal que, nos termos do Enunciado Sumular nº 254 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, negava a existência de interesse da União no feito e, por consequência, a competência da própria

⁴⁶ Assim dispõe o referido Enunciado: "Não admitida, pelo Juiz Federal, a pretendida intervenção do ente federal, volta a competência ao Juiz Estadual, a quem não cabe discutir o acerto daquela decisão" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 254**, 1 de agosto de 2001. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E254%3C%2Fb%3E&b=SUMU&ordenacao=-%40NUM&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=&materia=&situacao=&orgao=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=254>. Acesso em: 13 jun. 2024).

Justiça Federal para processar e julgar a demanda. O Estado de Santa Catarina, porém, insurgiu-se em face desse entendimento, alegando que, por mais que a União não tivesse interesse em integrar voluntariamente a demanda, ela deveria ser compelida a figurar em seu polo passivo, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, haja vista que compete ao ente federal, e não aos entes estaduais e municipais também integrantes do SUS, incluir na relação de medicamentos do SUS fármacos dela não constantes, já que não caberia ao Estado de Santa Catarina fornecer remédios não padronizados.

Recebidos os autos na Suprema Corte, o Plenário, à unanimidade, reputou constitucional a discussão e, também à unanimidade, reconheceu a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada. A Procuradoria-Geral da República (PGR) opinou pelo provimento do RE e pela remessa dos autos ao Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC/STF), por entender que compete à União incorporar, excluir ou alterar medicamentos, produtos e procedimentos previstos no SUS, nos termos do que prevê o art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990.

Embora desfavorável à União, o parecer da PGR pelo menos justificou a indicação do caso ao CADEC/STF, diante da premente necessidade de se mitigarem os efeitos nocivos da “federalização absoluta e imediata” dos milhares de processos que versam sobre a mesma questão. Afinal de contas, não é difícil antever a plethora de feitos que será remetida à Justiça Federal da noite para dia pelos inúmeros órgãos das Justiças estaduais, caso não haja uma atenta composição quanto a isso.

Posteriormente, o Plenário, por unanimidade de votos, resolveu referendar a decisão proferida em 17/4/2023, determinando que, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, o Poder Judiciário estadual se abstenha de declinar da competência e de ordenar a inclusão da União no polo passivo nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados, devendo tais demandas ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo autor, conforme os interesses deste.

Tal decisão provisória do STF deu-se na esteira do que havia sido recentemente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 14, em que se firmou o entendimento, também *provisório* (mas, em ambos os casos, *vinculante*), de que, até o julgamento definitivo do referido IAC, a Justiça estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência nas ações que versem sobre tema idêntico ao desses autos, de modo que

o processo deve prosseguir na jurisdição estadual, nos termos da questão de ordem proposta pelo Min. Relator. E isso vale também para os medicamentos *não* registrados na Anvisa, de modo que o tratamento dado pelo STJ foi mais amplo, portanto, que o tratado no Tema 1.234, sob a apreciação do STF.

O Min. Gilmar Mendes bem pontuou a gravidade da questão no seguinte trecho de sua decisão de suspensão nacional, em que asseverou que tal controvérsia “não será resolvida apenas com uma decisão judicial”, *verbis*:

Noutros termos, *essa controvérsia, profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não será resolvida apenas com uma decisão judicial*. Pelo contrário, o próprio dissenso engendrado pelo julgamento do Tema 793 evidenciou que *dilemas estruturais* dessa natureza dificilmente são solucionados pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada. É importante recordar que não estamos a falar aqui em simples interpretação de normas jurídicas ou distribuição de competências judiciais. Há uma *política pública a ser aperfeiçoada*, em processo que se mostre verdadeiramente *estruturante*⁴⁷. (grifos nossos)

Assim, considerando o enorme impacto financeiro, social e administrativo da decisão de mérito buscada pelo recorrente, bem como a necessidade de fomentar diálogos institucionais entre todos os envolvidos em uma controvérsia estrutural tão complexa quanto é a que se refere à saúde pública, o eminente Min. Relator deferiu os pleitos da União e do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) para figurarem na condição de *amici curiae*, bem como determinou a constituição de uma Comissão Especial para auxiliar a Corte na resolução do referido litígio estrutural. E, para tanto, apontou o Relator que problemas complexos não se resolvem com soluções simplistas nem impositivas, mas, sim, mediante diálogos entre as esferas de governos federal, estaduais, distritais e municipais, para demandar uma reorganização da governança colaborativa em torno do tema, com o alargamento dos debates e das soluções. Asseverou, com supedâneo em doutrina nacional e estrangeira, que deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico, com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas trazidas pelos interessados, para o que se faria necessária

⁴⁷ Trecho extraído da decisão de suspensão do processamento dos recursos especiais e extraordinários em que haja discussão sobre a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda, proferida pelo Min. Relator em 11/04/2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024).

a nomeação de *experts* para auxiliar o Tribunal nas fases de implementação e de supervisão quanto ao grau de cumprimento da decisão.

E, apontando, com base em dados do Tribunal de Contas da União (TCU), que, de 2008 a 2015, os gastos da União com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão – um aumento, portanto, de mais de 1.300% –, o Min. Relator observou que a sociedade, os entes e os demais órgãos públicos estão amadurecidos para a abertura dialógica e colaborativa, de modo a fomentar soluções eficazes, efetivas, céleres e condizentes com a capacidade institucional do Poder Judiciário. Ressalvou o eminente magistrado, de outro lado, que tais soluções não deixem, ao mesmo tempo, de promover economicidade ao Erário e de propiciar a satisfação das necessidades vitais do cidadão, mas sempre na medida das possibilidades do Estado. Tal ressalva é importantíssima, já que não se trata de uma mera aglutinação de demandas com “arquetipo adjudicatório de cariz individual”⁴⁸. Ademais, além de não ser ordenador de despesas nem órgão arrecadatário, tampouco cabe ao Judiciário emitir papel moeda para fazer frente às bilionárias despesas criadas a todo ano com decisões que interferem no funcionamento do Sistema Único de Saúde e nos tratamentos, medicamentos e insumos por ele ofertados.

Recentemente, o Relator desse RE, Min. Gilmar Mendes, determinou a retomada, para o dia 6/2/2024, dos trabalhos da Comissão Especial⁴⁹ que havia sido constituída no ano de 2023 para, em sua segunda reunião (a primeira ocorrera em setembro de 2023), manifestar-se sobre a estrutura de financiamento de medicamentos pelo SUS e a respectiva judicialização do tema. O objetivo dessa Comissão é o de abrir *diálogos* com entes da Federação e com a sociedade, a fim de buscar uma solução consensual para a questão. Além das duas reuniões já realizadas, foram reservadas as datas de

⁴⁸ Lima e França abordam especificamente esse ponto ao sublinharem que: “Litígios frequentes nas instâncias judiciais brasileiras, respaldadas na legislação material e nas normas processuais, como as milhares de demandas para concessão de medicamentos e disponibilização de leitos hospitalares pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que muitas vezes criam ou exacerbam problemas já presentes, mostram a necessidade de buscar alternativas ao arquetipo adjudicatório de cariz individual. Demandas que envolvem políticas públicas, em geral, em nada correspondem a um interesse meramente particular”. (LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. p. 355).

⁴⁹ A Comissão é formada por quatro representantes da União, quatro membros indicados pelo Fundo Nacional de Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) e pela Anvisa, quatro representantes dos estados e quatro representantes dos municípios.

15, 19 e 26 de fevereiro para as reuniões subsequentes. O prazo de encerramento dos trabalhos está previsto para o dia 26/3/2024.⁵⁰

Nas palavras do Min. Relator, o escopo da Comissão não deve ser teórico, mas, sim, eminentemente prático, de modo que nas reuniões sejam evitadas exposições alongadas e/ou desconectadas com as fontes de custeio das propostas então agitadas, *verbis*:

[...] a Comissão Especial terá como escopo a proposição de soluções sobre a judicialização da saúde pública, não sendo seu objetivo expor os problemas de forma descompromissada com propostas factíveis técnica e financeiramente ou a defesa isolada ou conjunta de interesses corporativos ou estritamente institucionais dos representantes de órgãos, empresas e instituições convidadas, inclusive eventuais representantes da sociedade civil.⁵¹

E concordamos que os trabalhos devem se dar exatamente assim como determinado pelo Min. Relator, a fim de que a função da Comissão não seja desvirtuada nem acabe atingindo resultados estranhos à efetividade prática colimada por sua criação, dado o evidente risco de atrasos desnecessários à resolução da controvérsia, cuja natureza, no caso, é premente, já que possui como pano de fundo a saúde pública da população brasileira.

Tais advertências se fazem necessárias, sobretudo se levarmos em conta o fato de que nem todos os estudiosos do tema estão de acordo com a efetividade alcançada pelos diálogos institucionais travados entre o Judiciário e outros ramos do poder estatal.

Roberto Gargarella, por exemplo, aponta certas deficiências de resultado nas propostas dialógicas que vieram, hoje de modo definitivo, fazer frente ao tradicional

⁵⁰ Informação disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão sobre fornecimento de medicamentos pelo SUS se reúne no próximo dia 6: a discussão é sobre a responsabilidade solidária da União em ações contra governos estaduais para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=525547&ori=>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁵¹ Trecho extraído da decisão proferida pelo Min. Relator em 21/09/2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024).

sistema de freios e contrapesos, já que esse sistema, concebido em um período de verdadeira guerra entre os poderes constituídos, seria ainda um ambiente hostil ao florescimento de um modelo realmente efetivo de diálogos institucionais. Daí Gargarella afirmar que, embora defenda o valor de um sistema constitucional baseado no diálogo democrático, em contraste com um baseado na ideia dos freios e contrapesos, faz-se mister, primeiro, reformar os tradicionais sistemas de *checks and balances*, para, somente depois, consolidar-se um modelo dialógico constitucional. Trata-se de substituir um sistema pautado na lógica da *guerra* por um modelo pautado na lógica do *diálogo*, consoante o autor argentino⁵².

Também Jean Leclair se mostra reticente quanto às vantagens dos diálogos institucionais, apesar de restringir a sua análise a alguns julgados da Suprema Corte canadense. O Professor da Universidade de Montréal afirma que os diálogos ora estão a serviço do ativismo judicial, como no caso *Vriend*, ora estão a serviço de interesses que deveriam ser refreados pelo Judiciário e não o são por uma deferência inapropriada em favor de outros órgãos e entidades, em detrimento da supremacia da Constituição, como no caso *Mills*. Leclair propõe, portanto, quatro sugestões para melhorar a qualidade dos diálogos, quais sejam: 1) a adoção de uma postura minimalista pelos tribunais; 2) a possibilidade normativa de uma resposta qualificada do Parlamento a decisões judiciais das quais a maior parte dos legisladores discorda; 3) a reconsideração do chamado teste de *Oakes* pelos juízes, haja vista que tal teste apela a conhecimentos que são mais bem apreendidos pelos legisladores, além de incitar os juízes a, equivocadamente, buscarem em suas próprias intuições a resposta sobre se determinada restrição a direito ou liberdade tem, ou não, “caráter razoável” (*caractère raisonnable*); e 4) uma maior participação, no processo legislativo, dos destinatários das normas produzidas pelo Parlamento, o que pode ser potencializado pelo Judiciário nos diálogos que este trava com os legisladores, sensibilizando-os para a situação dos jurisdicionados, sempre que certas medidas legislativas tangenciem certos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, de modo a assegurar, na melhor medida do possível, uma participação popular direta na produção normativa. Leclair sugere, em suma, “uma abordagem dialógica que tenha como eixo central a preocupação de bem escutar os cidadãos” (“*une approche dialogique axée sur le souci d’être à l’écoute des citoyens*”)⁵³.

⁵² GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

⁵³ LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien : un concept qui dessert les intérêts du citoyen? . In: DIALOGUES sur la justice: le public, le législateur, les tribunaux et les médias. Montréal: Thémis, 2004.

Como se vê, o tema dos diálogos institucionais é complexo e admite várias leituras, mas praticamente nenhuma delas desconsidera os seus efeitos, sejam estes positivos, sejam negativos. Não resta dúvida, porém, de que, para que sejam bem-sucedidos, os resultados do modelo dialógico devem ter por premissas a voz e os anseios do povo, titular que é de todo o poder estatal, na forma do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição.

Não se quer, com isso, aderir a propostas populistas ou demagógicas, tais como as que pretendem submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal a tribunais da inquisição do século XXI, quer os formados pela opinião popular (pública ou publicada), quer os formados por grupos de parlamentares insatisfeitos com os contornos jurídicos da interpretação constitucional levada a cabo pelo guardião-mor da nossa Carta Magna.

Para que os anseios democráticos sejam prestigiados de modo legítimo, não de ser igualmente prestigiados os preceitos constitucionais, notadamente, as cláusulas da legalidade, da dignidade humana, da isonomia, da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que, sem o respeito dos órgãos constituídos pelos mandamentos que densificam a noção de *rule of law*, não há falar-se em uma verdadeira democracia constitucional. Fora das balizas civilizatórias estabelecidas pelo Direito, o que resta é populismo barato ou tirania; é retrocesso; é negação da cidadania.

5. Conclusão

Nas democracias constitucionais, onde costumam vigorar, pelo menos desde o advento do Estado Moderno, os princípios da Separação dos Poderes e da supremacia judicial, as relações entre os órgãos incumbidos de legislar e aqueles competentes para interpretar o direito legislado, mormente diante dos casos concretos, nem sempre se têm mostrado tão harmônicas quanto supõe, no plano abstrato, a clássica teoria geral do Estado.

Para fazer face aos desarranjos institucionais daí decorrentes, o constitucionalismo tradicional passou a desenvolver mecanismos que servissem de autoproteção orgânica às forças conflitantes, dos quais despontam os *checks and balances*. Trata-se

p. 98. Disponível em: <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>. Acesso em: 12 dez. 2023.

de medidas defensivas das quais cada Poder lança mão para preservar as suas próprias competências em face de ingerências praticadas por outro(s) Poder(es) e, em último caso, para garantir a sua própria sobrevivência enquanto centro detentor de uma parcela da força estatal.

O sistema representado por tais “pesos e contrapesos”, no entanto, passa a se tornar insuficiente diante de uma nova lógica em ascensão. Essa nova lógica, evidenciada com os processos estruturais, não é mais baseada na *guerra* por sobrevivência institucional, mas, sim, no *diálogo* entre as funções estatais primordiais, com vistas a aperfeiçoá-las, de modo que os poderes-deveres de legislar, fiscalizar, julgar e administrar sejam, na melhor medida do possível, desempenhados em conformidade tanto com o espírito democrático quanto com as normas constitucionais, mesmo as veiculadoras dos valores mais abstratos.

Ao concretizar valores abstratos, densificando-os à vista de litígios complexos e multifacetados – cuja moldura fática não se subsume em encaixe jurídico perfeito, vale dizer, de modo automático, em uma previsão normativa isolada e específica –, a jurisdição estruturante, a cabo do Supremo Tribunal Federal, precisa dialogar com outros órgãos constituídos e com segmentos da sociedade civil, a fim de cercar-se dos melhores fundamentos técnicos e, a um só turno, de revestir-se de um grau mais aprofundado de legitimidade democrática. Considerando que a principiologia constitucional brasileira tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; considerando que esses valores civilizatórios fundam uma sociedade livre, justa, solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e considerando, ainda, que o texto constitucional também traça como objetivos fundamentais da nossa República o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais e regionais; não é difícil de concluir que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal sobre processos estruturais demanda uma atuação mais dialógica e, por conseguinte, mais democrática, se comparada com a jurisdição ordinária dos demais tribunais.

E essa atuação diferenciada tem pautado a atuação do Supremo, em geral, e do Min. Relator do Recurso Extraordinário nº 1.366.243, com repercussão geral (Tema 1.234), em especial, na medida em que a nossa Corte Constitucional tem assumido o compromisso de dialogar com outros atores do processo democrático e colhido bons frutos desses diálogos, conforme se viu ao longo dos exemplos dados acima. Isso nos leva a concluir que o caminho está sendo bem trilhado, mas que também há nele

muitas pedras que precisam ser retiradas, tais como as crenças realistas no decisionismo e seus subprodutos, segundo os quais a decisão judicial nada mais seria que a manifestação solipsista de um mero ato de vontade do magistrado, e não o resultado de um esforço intersubjetivo e de uma decisão compartilhada após contraditório substancial, proferida em um ambiente paritário e dialógico.

Por fim, esperamos que o Supremo continue implacável em desconstituir tais crenças, ainda tão presentes no imaginário forense, assim como outras formas de realismo jurídico, e que siga altivo e em frente com a sua missão de concretizar, de modo democrático, os valores civilizatórios positivados no texto constitucional, sem se deixar abater por eventuais *backlashes*, mas sempre levando em conta as suas limitações institucionais e as capacidades dos demais órgãos constituídos. Para tanto, esperamos, enfim, que a dogmática dos processos estruturais seja observada, mas que isso não se torne, em si mesmo, um dogma a ponto de exigir que o Supremo, por pura aparência, insista em diálogos estéreis/contraproducentes, ou que, por mera conveniência, abdique da sua função de guardião-mor da Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed., rev. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Prefácio. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Fundamentação de normas e aplicação de normas. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. *In*: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

BARBOSA, Rui. O júri e a independência da magistratura: Revisão Criminal n. 215. In: BARBOSA, Rui. **Posse de direitos pessoais, O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 134-314. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/182>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 13 jun.2024.

BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New York: Harper & Row, 1970.

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. Supremo Tribunal Federal. Campanha #DemocraciaInabalada do STF é premiada em Portugal: Decano da Corte, ministro Gilmar Mendes, retirou o prêmio e o entregou à ministra Rosa Weber. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 3 maio 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506665&tip=UN>. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF lança campanha Democracia Inabalada em resposta aos ataques de 8 de janeiro: entre 17 de janeiro e 1º de fevereiro, vídeos e posts serão exibidos para destacar que a democracia e a Suprema Corte saem fortalecidas dos episódios criminosos. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 17 jan. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500663&ori=1>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão sobre fornecimento de medicamentos pelo SUS se reúne no próximo dia 6: a discussão é sobre a responsabilidade solidária da União em ações contra governos estaduais para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=525547&ori=>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. Dimensões da autorrestrrição judicial. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 243-264.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, c1988.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 fev. 2022.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgh/Fuller.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico. *In*: FÓRUM NACIONAL DOS CENTROS DE ESTUDOS E ESCOLAS DAS PGES e PGDF. **Ciclo de Capacitações “TGD & Filosofia do Direito”**. [S.l.]: FONACE, 2021. 1 vídeo (2:05:40). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=10S4VOrGSwI>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

GIUDICELLI, Julien. A ilusão representativa. Tradução de Murilo Strätz. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: PGE-RJ**, v. 5, n. 1, p. 1-24, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v5i1.286>. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286>. Acesso em: 15 abr. 2023.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 18 fev. 2024.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359?v=pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien: un concept qui dessert les intérêts du citoyen? *In* : **DIALOGUES sur la justice: le public, le législateur, les tribunaux et les médias**. Montréal: Thémis, 2004. p. 83-98. Disponível em: <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>. Acesso em : 13 jun. 2024.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, v. 22, n. 1, p. 350-378, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.51630>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/51630>. Acesso em: 13 jun. 2024.

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 23, p. 597-631, 2000. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.22>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-interpretacion-literal-juristas-y-linguistas-frente-a-f>. Acesso em: 13 jun. 2024.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 10 jan. 2024.

POST, Robert; SIEGAL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, n. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's travels. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 157, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970685. Acesso em: 12 jan. 2024.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 156, p. 1-55, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 18 fev. 2024.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The very structure of modern government is under legal assault: here's how to defend it. **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>. Acesso em: 18 fev. 2024.

TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 17-27.

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

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 351-398.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 254**, 1 de agosto de 2001. A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E254%3C%2Fb%3E&b=SUMU&ordenacao=-%40NUM&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=&materia=&situacao=&orgao=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=254>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema: 1234**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1234>. Acesso em: 13 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education of Topeka**: 349 U.S. 294. Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: [https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_\(349_U.S._294\)](https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294)). Acesso em: 14 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Plessy vs. Ferguson**: 163 U.S. 537. Mr. Justice Brown, May 18, 1896. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 14 jun. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05ado8domwrqr1s7tt7pf44wuw27791720.node0?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pec-8-2021>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimprensa.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

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: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.



Structural Reform in America: understanding it through discrimination cases¹

Reforma Estrutural nos Estados Unidos: entendendo-a por intermédio de casos de discriminação

Reforma Estructural en Estados Unidos: entendiéndola a través de casos de discriminación

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira²

University Center UDF (Brasilia, DF, Brazil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4510-8894>
E-mail: rjmbpereira@gmail.com

Hermano Martins Domingues³

Federal University of Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brazil)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3283-7512>
E-mail: hermano.domingues@gmail.com

Abstract

This paper delves into the conceptual aspects of structural reform in the United States and its application in discrimination cases. Such reform requires a prolonged and adaptable process to align with legal standards and dismantle inadequate structures fostering unlawful practices. Notably, structural reform involves multiple actors, diverging from the exclusive role of the Judiciary in problem resolution. The paper explores the roots of structural reform in the United States through literature review and case analysis, such as *Brown I* and *Brown II*, to understand how

¹ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; DOMINGUES, Hermano Martins. Structural reform in America: understanding it through discrimination cases. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 493-524, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a327>.

² Full Professor PPGD UDF. Visiting Researcher School of Industrial and Labor Relations Cornell University (2017-2018). Ph.D Universidad Complutense de Madrid. Master of Laws Syracuse University. Master of Laws UNB. Retired Sub-General Prosecutor of the Federal Labor Prosecution Office (MPT). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5151649835128510>.

³ Member of the Federal Labor Prosecution Office (MPT). Master of Laws degree (LLM), Syracuse University. Postgraduate degree in Public Law Candido Mendes University (UCAM). Juris Doctor (JD), Federal University of Minas Gerais (UFMG). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4016102563806958>.

legal issues were adjudicated and whether the Supreme Court's rulings triggered broader societal changes. The discussion extends to cases of structural reform in employment discrimination, indicating successful instances but also setbacks, exemplified by a Supreme Court case on gender discrimination at Walmart.

Keywords

Structural reform; United States of America; Supreme Court; discrimination; workplace.

Contents

1. Introduction. 2. The background of the structural reform in the United States. 3. *Brown* and the birth of structural reform. 4. *Brown II*: facing reality and the limits of the rule of law. 5. Structural Reform to Prevent and Eliminate Second-Generation Employment Discrimination. 6. Conclusion.

Resumo

Este trabalho explora os aspectos conceituais da reforma estrutural nos Estados Unidos e sua aplicação em casos de discriminação. Tal reforma requer um processo prolongado e adaptável para se alinhar aos padrões legais e dismantlar estruturas inadequadas que fomentam práticas ilícitas. Notadamente, a reforma estrutural envolve múltiplos atores, afastando-se do papel exclusivo do Poder Judiciário na resolução de problemas. O trabalho analisa as origens da reforma estrutural nos Estados Unidos por meio de revisão de literatura e análise de casos, como *Brown I* e *Brown II*, para compreender como as questões legais foram adjudicadas e se as decisões da Suprema Corte provocaram mudanças mais amplas na sociedade. A discussão se estende a casos de reforma estrutural contra discriminação no trabalho, indicando instâncias bem-sucedidas, mas também retrocessos, exemplificados por um caso da Suprema Corte sobre discriminação de gênero no *Walmart*.

Palavras-chave

Reforma estrutural; Estados Unidos da América; Suprema Corte; discriminação; local de trabalho.

Sumário

1. Introdução. 2. O contexto da reforma estrutural nos Estados Unidos. 3. *Brown* e o nascimento da reforma estrutural. 4. *Brown II*: enfrentando a realidade e os limites do Estado de Direito. 5. Reforma estrutural para prevenir e eliminar a discriminação no emprego de segunda geração. 6. Conclusão.

Resumen

Este artículo profundiza en los aspectos conceptuales de la reforma estructural en los Estados Unidos y su aplicación en casos de discriminación. Dicha reforma requiere un proceso prolongado y adaptable para alinearse con los estándares legales y dismantlar estructuras inadecuadas que fomentan prácticas ilícitas. Cabe destacar que la reforma estructural implica la participación de múltiples actores, apartándose del papel exclusivo del Poder Judicial en la resolución de problemas. El artículo explora los orígenes de la reforma estructural en los Estados Unidos por medio de la revisión de la literatura y análisis de casos, como *Brown I* y *Brown II*, para comprender cómo se adjudicaron las cuestiones legales y si las decisiones de la Corte Suprema provocaron cambios más amplios en la sociedad. La discusión se extiende a casos de reforma estructural en la discriminación laboral, señalando instancias exitosas, pero también contratiempos, ejemplificados por un caso de la Corte Suprema sobre discriminación de género en *Walmart*.

Palabras clave

Reforma estructural; Estados Unidos de la América; Suprema Corte; discriminación; local de trabajo.

Índice

1. Introducción. 2. El contexto de la reforma estructural em los Estados Unidos. 3. *Brown* y el nacimiento de la reforma estructural. 4. *Brown II*: enfrentando la realidad y los límites del Estado de Derecho. 5. Reforma estructural para prevenir y eliminar la discriminación en el empleo de segunda generación. 6. Conclusión.

1. Introduction

This paper aims to address the conceptual elements of structural reform, illustrating examples of its application in discrimination cases.

Structural reform, referred to as **structural litigation** in Brazil, involves situations in which an institution (public or private) causes, induces, or allows violations of rights that are produced by the way this institution works⁴. These structures, often upheld by cultural beliefs, require reform to align with legal standards. However, achieving this reform is not an immediate process; it demands prolonged

⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, out. 2018, p. 341.

and adaptable procedures to dismantle old structures that perpetuate unlawful practices. This work is going to consider **structural injunction**, the court order that determines the reform of the institution; **structural reform**, the process in which the structural injunction is applied (more focused on the implementation of the decision); and **structural litigation**, the lawsuit that aims to reform the institution.

The notion of structural reform is not a recent development, tracing its origins back to the mid-20th century. Nevertheless, the approach of the Judiciary in handling and resolving structural conflicts differs from the traditional perspective, by which an illegal event is promptly remedied. The framework of structural reform appears to align more closely with the practice of Legislative and Executive powers based on policies rather than rules. Furthermore, the Judiciary is not the sole entity contributing to problem resolution. A distinctive feature of structural reform is its openness to involving other actors.

The apprehension of basic ideas of structural reforms must account for its origin and development in the United States. Employment discrimination is a field where the application of structural reform attracts judicial disputes and scholarship attention in that country. The study of these topics involves literature review and case analysis, and is divided into four parts. The first part describes the background of *Brown I* and *Brown II* to examine the structures of legal violations those cases faced. The second part introduces *Brown I* as the reference for the birth of structural reform. The third part analyzes *Brown II* and comments on whether the rule established by the Supreme Court was successful on its own or by triggering the engagement of the Legislature and Executive power, as well as social movements towards changes in society and the political arena. The final part investigates structural reforms in employment discrimination, indicating a prosperous case that illustrates procedures and outcomes of the structural reform, and a case involving a class action on gender discrimination at Walmart, in which the Court denied certification, which represented a setback in the implementation of civil rights through structural reforms.

Therefore, the purpose of this article is to compile conceptual elements of structural reform in the United States by examining its historical evolution and outcomes. Additionally, it aims to explore its application in the realm of employment discrimination to assess both its possibilities and challenges.

2. The background of the structural reform in the United States

*Brown I*⁵ is a just chapter in a long history of the way America dealt with slavery and, after that, the integration of former slaves into society. The aggregation of former British colonies was only possible for a compromise on the slavery issue. Nonetheless, the slavery question almost literally divided the country into a secession war and continued to oppose the North and South in civil rights for African Americans throughout history.

When the Constitution of the United States was drafted, the new states had different economic and social structures. An agricultural economy moved by slave labor in the South, and manufacturing, overseas trade, and services, usually free labor, thrived with smaller properties in the North, known as New England⁶.

The Constitution did not abolish slavery, and Congress was not granted the power to do it either. The further that it went was to allow Congress to outlaw the importation of slaves after 1808, excluding African American slaves from the concept of “men”, as Burnham argues. Nonetheless, Southern delegates demanded that slaves be counted as citizens to determine the number of representatives in Congress, even though they would be treated as property, not human beings. The answer was a compromise that slaves would count as 3/5 of a free person for the matter of representation⁷; the embarrassment is so evident that the Constitution does not use the word “slave” but “other persons” or “person held to service of labor” to describe the African Americans enslaved⁸.

Although in countries like Brazil, the Federal Government has a vast range of fields in which it can privately enact legislation (employment law, civil law, criminal law, procedural law⁹), in the United States, the States retained most of the Legislative power over significant property public services, schools, commerce between their frontiers, and most of the citizens’ lives, and the Union can only enact legislation

⁵ U.S. Supreme Court. *Brown v. Bd. of Ed. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶ BURNHAM, W.; REED, Stephen F. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 7ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2021, p. 3.

⁷ U.S. Constitution. art II, §2.

⁸ BURNHAM, W.; REED, Stephen F. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. p. 7.

⁹ Brazilian Constitution, article 22.

about the restrict hypothesis of Article 1, Section 8 of the Constitution, and the implied powers by the Constitution¹⁰. The powers not explicitly delegated to the Union for the Constitution were delegated to the States for the 11^a Amendment. This considerable amount of power to States was decisive after the Reconstruction when States used local legislation to segregate African Americans in Jim Crow Laws¹¹.

The issue reached the Supreme Court in *Dred Scott v. Sandford*¹², a case known as one of the most infamous cases of all time, and it harmed so much the Court in public opinion that a later chief justice, Charles Evan Hughes, famously called the decision the Courts' worst "self-inflicted wound"¹³.

Dred Scott was an African American who descended from slaves and was enslaved since his birth. In 1834, he was brought by his master, a military doctor from the State of Missouri (in which slavery was lawful), to the State of Illinois (a free state) and later to Fort Snelling (current Minnesota, a free territory acquired from France), and then returned to Missouri and sold the plaintiff and his family¹⁴. The plaintiff claimed that he, his wife, and his daughters had become free by living in free states and were citizens of the State of Missouri, according to the Missouri Compromise¹⁵. The defendant argued that a) the Federal Court lacked jurisdiction because slaves were not entitled to sue in United States Courts; b) the plaintiff was his lawful property. The Missouri Supreme Court upheld slavery, and the Supreme Court granted certiorari.

The majority opinion written by Justice Taney held that: 1) slaves were property nor citizens and, therefore, were not entitled to government protection nor civil or political rights, including the right to sue¹⁶; 2) former slaves did not become citizens just by the act of being free from their masters; 3) There was State citizenship and Federal citizenship: states could grant citizenship to former slaves in their State constitution but this only granted citizenship into their borders and do not grant

¹⁰ U.S. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. United States Supreme Court. 4 L. Ed. 579, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

¹¹ WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 7.

¹² U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

¹³ UROFSKY, Melvin I. Dred Scott decision. **Encyclopaedia Britannica**, 2024. Available at: <https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>. Last accessed on Feb. 2nd, 2024.

¹⁴ U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 397-398 (1857).

¹⁵ U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 400 (1857).

¹⁶ U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 475-476 (1857).

them citizenship of the United States; 4) The Missouri Compromise of 1820 was unconstitutional, and Congress cannot free slaves within federal territories because it violates the right of property (5th Amendment)¹⁷.

In the Aftermath of *Dred Scott*, the Country was led to a year of civil war from 1861 to 1865, which killed 620,000 soldiers, which, according to the National Park Service of the U.S., “is approximately equal to the total of American fatalities in the Revolutionary War, the War of 1812, the Mexican War, the Spanish American War, World War I, World War II, and the Korean War, combined”¹⁸. The rate of death incidence was six times that of World War II if compared with the size of the American population, and Confederate (Southerners) died three times more than their Yankee counterparts¹⁹.

The reconstruction is considered the second foundation of the United States, even in grammatical terms. Before the Civil War, *Dread Scott* Court referred to the county in the plural as “the war in which the United States are engaged”; after it, “the United States” became a singular term²⁰. In the period, new Amendments came to address the issue of slavery and discrimination against African Americans: the 13th Amendment prohibited slavery and involuntary servitude in the United States, and the 14th turned all people born in the United States into citizens, overruling *Dread Scott* and the Black Codes, the 15th Amendment also addressed the African American discrimination by outlawing States to deny the right to vote of former slaves²¹.

In 1860, African Americans were excluded or separated in “Jim Crow” cars in railway cars, omnibuses, and steamboats; they were not allowed or secluded in remote corners of theaters and lecture halls; they could not check in at most hotels, restaurants or resorts, except as servants; they were educated in separated schools, punished in separated prisons, treated in separate hospitals, and buried in separated cemeteries²². In the reconstruction era, the Jim Crow system that already

¹⁷ U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 477-490 (1857)

¹⁸ FAUST, Drew Gilpin. **Death and Dying**. U.S. National Park Service – U.S. Department of the Interior. Available at: <https://www.nps.gov/articles/death-and-dying.htm>. Accessed on 12 Feb. 2024.

¹⁹ FAUST, Drew Gilpin. **Death and Dying**.

²⁰ STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN Jessica C.; SEIDMAN, Andrew R.; SUNSTEIN, Cass r.; TUSHNET, Mark; KARLAN, Pamela; TUSHNET, Rebecca and Laura. **Constitutional Law**. p. 474.

²¹ U.S. Constitution. Amendment XV.

²² WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. p. 18-19.

existed in the North was transplanted to the South to prevent the integration of former slaves into society.

The Civil Rights Act of 1875 is a landmark of the Reconstruction because it tried to outlaw segregation. The Statute prevented racial discrimination in public facilities such as restaurants and transportation and criminalized the facilitation or denial of such accommodations or services based on color, race, or “previous condition of servitude”²³. The violations were removed to Federal Courts, and people whose access was denied due to race would be entitled to monetary restitution²⁴.

Nonetheless, eight years after the Civil Rights Act of 1875, the Supreme Court ruled (8-1) in a consolidated case known as *The Civil Rights Cases* that the Fourteenth Amendment only applied to States, not private citizens, and did not grant Congress power to outlaw racial discrimination²⁵. Individuals could commit crimes or civil wrongs violating civil rights, but they did not violate a constitutional right under the 13th and 14th Amendments²⁶. Thus, the Civil Rights Act of 1865 was unconstitutional²⁷. This case planted the seeds of *Plessy v. Ferguson*, and it is another example of how the Supreme Court played a major role in the institutionalization of segregation.

In *Plessy v. Ferguson*, Plessy was a citizen of the United States and a resident of Louisiana, a mixed descendant in a proportion of 1/8 African blood and 7/8 Caucasian blood, despite the mixture being not discernible in him. On June 7, 1892, he paid a first-class passage on a train and sat in the white race seat. After a refusal to leave the seat, he was ejected off the train and faced jail and criminal charges. Subsequently, he challenged the constitutionality of the General Assembly of Louisiana Act (a segregationist statute), which held that railroad-carrying passengers should provide separate but equal accommodations for white or colored races. On this precedent, the Supreme Court was called to answer whether legislation requiring white and colored persons to be furnished with separate but equal accommodations violated the 13th and 14th Amendments of the United States Constitution²⁸.

²³ DONALD, David Herbert. *Charles Sumner and the Rights of Man*. New York: Random House, 1970, 595p.

²⁴ DONALD, David Herbert. *Charles Sumner and the Rights of Man*.

²⁵ U.S. Supreme Court. *The Civil Rights Cases: United States v. Stanley* 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883).

²⁶ U.S. Supreme Court. *The Civil Rights Cases: United States v. Stanley* 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883).

²⁷ U.S. Supreme Court. *The Civil Rights Cases: United States v. Stanley* 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883).

²⁸ U.S. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 548-542 (1896).

The Court held that racial segregation does not prevent the equality of races if the accommodations are separate but equal, and the police power of the States grants this power. States can enact laws of segregation provided that they separate but do not deny the right to a citizen (like to be part of a jury). The 13th Amendment prevents slavery as involuntary servitude unless it is punishment for a crime, which is different from segregation of races. The 14th Amendment made colored Americans citizens of the US and granted equal protection and due process under the law. However, it did not change the nature of things and distinctions based on color because the races preferred to be separated, and the law could not change that. The Court also held that constitutional segregation in schools, transportation, the banishment of interracial marriages, and Jim Crow legislation in general were constitutional²⁹.

The *Plessy v. Ferguson* Court constitutionalized segregation and the use of the “separate but equal” doctrine to constitutionalize white supremacy. The decision came in a pack with other rulings between 1873 and 1898 that aimed to nullify the “equal protection clause” in the name of a “national reconciliation”. It ended the dream of a reconstruction of the Country with equal citizenship³⁰. The African American was held responsible for the war between North and South, and the reconciliation demanded a compromise of Black people’s rights, which motivated the withdrawal of Union troops from the Southern states in 1877 and the rise of extremism³¹.

The withdrawal of Union troops in 1877 also removed the last barrier from an intense backlash from white southerners. It led to the ascension of terrorist organizations like the KKK, which used lynching and violence to prevent the Black People’s progress and then reverted the improvements of Reconstruction³². The KKK, in three years, killed a Black Congressman in Arkansas and three Black State Congressmen in South Carolina; 400 members also opened fire against a black protest in Georgia and promoted the “hunting” of Black people and massacres in other Southern States³³. The capitulation to racism was strong and led Black Americans, especially in the South, to life conditions similar to previous slavery.

²⁹ U.S. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544-550 (1896)

³⁰ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*. p. 70-71.

³¹ WOODWARD, C. Van. *The Strange Career of Jim Crow*.p. 70-71.

³² FONER, Eric. Reconstruction: United States history. *Encyclopaedia Britannica*, 2024. Available at: <https://www.britannica.com/event/Reconstruction-United-States-history>. Accessed on 16 Feb. 2024FONER, Eric. Reconstruction: United States history.

³³ VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. p. 18-20.

3. *Brown* and the birth of structural reform

Brown I was a consolidation of class actions filed by Black Americans who were denied admission to their community's schools because of segregation³⁴. Except for the Delaware Court, the claim was denied in the other four cases based on the "separate but equal" doctrine from *Plessy v. Ferguson*³⁵. Those cases are essential to show what was going on before *Brown I*: Lower Courts had already been granting Black children the right to enroll in White schools, but on the basis that the facilities were not "equal", in other words, reaffirming *Plessy* rationale that "separate" had to be "equal", not denying it³⁶. But what makes *Brown I* so special is that the Supreme Court was called to decide whether the equal protection clause under the 14th Amendment of the United States Constitution bars segregation in schools, even when the facilities are "equal"³⁷. *Brown I* challenged the foundation of *Plessy* and the Jim Crow system.

According to Charles Ogletree, the attorney for the *Briggs v. Elliott*, one of the five cases in *Brown I*, was the famous civil rights activist Thurgood Marshall, who would become in 1967 the first African American justice of the Supreme Court. In this case, they used the famous study from Professor Kenneth B. Clark and his wife, Mamie Clark, placing two identical dolls (one white and the other black) in front of Black children. The children preferred the white doll over the black doll and picked the black doll as looking "bad". After that, when asked by the researchers, they said they identified themselves more with the black doll than the white one. Professor Clark was an expert witness in civil rights cases and used this test to explain the psychological harm the segregation brought to black children. Marshall used this research to demonstrate that continuous segregation in education was harmful in itself to black children, even if the amenities were "equal"³⁸.

The Court held in the opinion in *Brown I* that the 13th and 14th Amendments of the Constitution were meant to remove all distinctions under the law between people born or naturalized in the United States who were granted citizenship. The

³⁴ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483, 487 (1954).

³⁵ U.S. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁶ OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of *Brown v. Board of Education*. New York: W.W. Norton & Co., 2005, p. 8.

³⁷ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

³⁸ OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of *Brown v. Board of Education*. p. 4-5.

history of the 14th Amendment cannot be used to interpret it because public education was rudimentary after the war; most Black Americans were not educated, and their education was even forbidden by law in some states. Segregation of children in public schools, even when the facilities are “equal”, deprives minority groups of opportunities because it creates a feeling of inferiority that affects the mental health and the educational process of black students irreversibly. The Court concluded that “in the field of public education, the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal”³⁹.

Brown I was succeeded by an era of challenges of racial relations in the USA that Woodward called the “second reconstruction”⁴⁰. Civil rights movements arose to challenge segregation; the New Deal era has also been directed not only to problems such as depression and war but also to civil rights⁴¹. Rosa Parks was criminally convicted in 1955 for refusing giving her seat on the bus to a white man in Montgomery, Alabama, and the Black population rose to boycott the bus system⁴². After that episode, Martin Luther King Jr emerged as a Civil Rights movement leader pressuring for change, and in 1955, the Supreme Court outlawed bus segregation in *Browder v. Gayle*⁴³. Consequently, *Brown I* is celebrated as one of the Supreme Court’s most significant decisions until today. However, *Brown II*⁴⁴, which applied the constitutional principles of the former precedent, is often overlooked because of the frustration it brought to the Law community⁴⁵.

4. *Brown II*: facing reality and the limits of the rule of law

The Supreme Court was so conflicted during *Brown I* that it argued the case in one year and then reargued it in another year. On the reargument, the Justices asked

³⁹ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483, 489-495 (1954).

⁴⁰ WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. p. 134-136.

⁴¹ WOODWARD, C. Van. **The Strange Career of Jim Crow**. p. 129.

⁴² VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. p. 30-31.

⁴³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. p. 30-31.

⁴⁴ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).

⁴⁵ ROSENBERG, G. Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation. **Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice**, Vol. 24, Issue 1 (Winter 2006), 2006, p. 34.

the lawyers how the Court would implement a decree mandating integration: if it would determine that students had to be admitted to schools of their choice or if the Court should allow a “gradual adjustment”; also, who would oversee this process⁴⁶.

The plaintiff’s attorneys urged the Court to end segregation immediately because of its effects on children or no later than September 1955, as Ogletree argues. On the other side, State’s attorneys alleged that the end of segregation could lead to racial tension, violence, and even more radical arguments, such as that Black kids with lower IQs would be integrated into white schools, that many Black children were retarded, and that it would spread tuberculosis, and venereal diseases on White schools. Southern States’ attorneys, especially from South Carolina, declared to Chief Justice Warren that they would not conform to a desegregation decree⁴⁷. Charles Ogletree believes that those reasons, and the fear that neither Federal nor State governments would implement the decision in *Brown I*, led the Supreme Court not to end segregation immediately but to determine that it had to be done in a process with “all deliberated speed”⁴⁸.

Brown II was decided one year after *Brown I*, and the Supreme Court had already seen the decision’s early social, political, and legal impacts. In the meantime, strong reactions from Southern states had already started, like an Editorial of the Daily News in Jackson, Mississippi, which editorializes that “human blood may stain Southern soil in many places because of this decision but the dark red stains of that blood will be on the marble steps of the United States Supreme Court building”⁴⁹. Under this kind of pressure, the Court was called to address the appropriate remedies that should be taken to fulfill *Brown I*. The opinion was once again unanimous, and it started by reaffirming that racial discrimination in public education was unconstitutional to make clear that it was not reversing *Brown I*⁵⁰.

⁴⁶ OGLETREE, Charles J. *All deliberate speed: reflections on the first half-century of Brown v. Board of Education*. New York: W.W. Norton & Co., 2005, p. 8.

⁴⁷ ROSENBERG, G. Tilting at Windmills: *Brown II* and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation. *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 24, Issue 1 (Winter 2006), 2006, p. 32.

⁴⁸ OGLETREE, Charles J. *All deliberate speed: reflections on the first half-century of Brown v. Board of Education*. p. 10.

⁴⁹ GILL, Ann M. The Supreme Court’s Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective*. Oxford: Lexington Books, 2004., p.143-170, p. 144.

⁵⁰ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294, 298 (1955).

The Court held in *Brown II* that ending segregation would require what would be called later a **structural reform** of the existing educational system. School authorities should identify, elucidate, and solve the desegregation issues and elaborate a plan of which path they intend to follow. Local authorities would have the burden of proof to show that this plan is consistent with public interest and good faith. The local Federal Courts, closer to the problem, would oversee the plan's implementation but guided by equitable principles, not only by the Law. Using equity allows Courts to assess the issues and have flexibility in shaping remedies specific to the case. Courts would consider problems in administration, transportation system, staff, revision of school districts, and attendance areas to assess if the plans were fulfilling the goal of promoting admissions without racial basis. The local courts would retain jurisdiction over the desegregation process until it was finished. A polemical part of the opinion was the final decree, in which the Court did not give any due date to end the desegregation process and just remanded the cases for supervision of the lower Federal Courts "with all deliberate speed"⁵¹.

Brown II was a compromise because even the Justices who were more engaged in desegregation did not want to issue an order they could not enforce, according to Ann Gill. The Court tried to show strength in the unanimity of the opinion. Still, the judgment was inadequate short, told "what" would have to be done, but now "how"; cited little legal theory or precedent, and showed unusual deference to local authorities (the very violators of the constitutional principles in *Brown*) that would have to "full implement" the decision with "good faith". The Court also stepped out of the supervision of the process, delegating it to local District Court Judges. Ann Gill asserts that this delegation delayed the processes because many local federal judges had political connections with Senators who would sign the "Southern Manifesto" in the future. A Mississippi attorney said that they could not ask for anything better than a native local federal judge to oversee the process and that they would consider 100 years as a feasible time for desegregation for them⁵².

Ann Gill believes that the language of the Court and the expression "all deliberated speed" striped the Court from its authority and showed that the enforcement would be weak, strengthening Southern's massive resistance against its implementation. Charles Ogletree also considers that the lack of implementation in *Brown II* is partly a responsibility of *Brown's II* Court because the term "all deliberate speed"

⁵¹ U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294, 299-301 (1955).

⁵² GILL, Ann M. The Supreme Court's Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective*. p.143-170, p. 153-154.

was culturally associated with “speed thee slowly” found in Sir Thomas Elyot’s 1545 introduction of the word maturity in the English language⁵³. It was also used in cases like *Virginia v. West Virginia* in 1912 in contexts that have shown that the action should be taken slowly⁵⁴.

Rosemberg, on the other hand, observes that the language used by the Court in *Brown II* did not matter because there was insufficient support for desegregation at that time⁵⁵. A legalist critic of the words used in the decision misses a broader political, social, and economic context in which there was no support for implementation 1) in Congress; 2) by President Eisenhower; 3) In State legislation; 4) local courts; 5) southern governs; 6) private groups (who contributed for the election of pro-segregation representatives); 7) the broad use of violence as deterrence of segregation, and the existence of terrorist groups as the KKK to prevent it⁵⁶. Rosemberg’s criticism is consistent and supported by a gathering of data and facts, which led to upholding his belief that questioning the wording in *Brown II* is a romantical reproach that ignores the world in which the Supreme Court exists. Even if the Supreme Court demanded immediate desegregation, it would not have been upheld in 1955.

Violin observes a procedural change in *Brown II*: instead of being a mere spectator of the polycentric litigation, the judge became a creator and manager of complex remedies that required continuous follow-up⁵⁷. This shift enabled structural reform of institutions such as schools, prisons, electoral districts, asylums, police stations, and more⁵⁸. This structural reform was done through modern class actions (after 1966), engagement of civil rights movements, new legislation, and changes in American society that will be examined from now on.

⁵³ OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of *Brown v. Board of Education*. p. 10-11.

⁵⁴ OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of *Brown v. Board of Education*. p. 10-13.

⁵⁵ ROSENBERG, G. *Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation*. p. 33.

⁵⁶ ROSENBERG, G. *Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation*. p. 31-37.

⁵⁷ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 56.

⁵⁸ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 56.

Edilson Vitorelli explains that *Brown II* was a compromise to achieve a unanimous opinion against desegregation because Chief Justice Warren knew that the existence of dissents would weaken the rule of law. The Court did not demand immediate desegregation nor gave a due date to local authorities to comply with the decision. Also, it did not provide standards for District Judges to assess the implementation of desegregation, which led them to experiment with ways to reform the educational system through injunctions and the use of equity. Thus, the use of injunctions in American Law, which was restricted in the first part of the XX century, became the most significant procedural way to promote civil rights. *Brown I* was not prosecuted as a structural reform, but its implementation demanded it to overcome the local resistance to end segregation⁵⁹.

Owen Fiss introduces in the American the concept of **structural injunction** as the one that “seeks to effectuate the reorganization of an ongoing social institution”⁶⁰. It was different from the **preventive injunction** (used to prevent an act against the law from occurring in the future) and the **reparative injunction** (compels the defendant to repair wrongdoings of the past). American law has seen structural injunctions in historical moments. Still, the use of them by civil rights movements implementing *Brown* gave legitimacy and social prominence to structural injunction, which was used after for other claims, such as the reform of asylums and prisons⁶¹. Thus, according to the author, *Brown I* and *II* were the birth of modern structural litigation and structural reform as a way to implement and enforce the Supreme Court’s ruling.

Edilson Vitorelli developed a concept of **structural litigation** examining Brazilian Law in which structural litigation is searched through class actions filed by public institutions (Prosecution Office, States, Union, Cities, Public Defenders), associations, and unions⁶². Structural litigation is a collective action in which the goal is to reform a bureaucratic institution, which can be public or private, that causes, induces, or allows violations of rights that are produced by the way this institution works⁶³. This proceeding was shaped to address the cause of damages not only by an isolated fact but also by the way an institution works, creating irradiated

⁵⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo estrutural**: teoria e prática. p.89.

⁶⁰ FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, p.7.

⁶¹ FISS, Owen. **The civil rights injunction**. p.9-10.

⁶² Article 1º of the Brazilian Public Federal Civil Action Law of 1985.

⁶³ VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 341.

conflicts. Those are conflicts in which 1) the damage is substantial for the involved parties, and they are divided into subgroups; 2) there is no solidarity between the subgroups involved; 3) the subgroups are affected in different ways; 4) the nature of the conflicts is polycentric, so the solution of the problem of one subgroup does not automatically benefit the other groups; 5) Law protects several centers of interests, but does not provide a simple solution for the whole issue⁶⁴.

Brown II is known as the first and more characteristic case of structural injunction for having all the characteristics of what was later called public interest litigation: 1) a polycentric issue; 2) complex and formed by different subgroups; 3) related to the human rights; 4) which implementation requires the reform of an institution through a court-based proceeding with the cooperation of the parties⁶⁵. Although criticized, the Court's decisions to demand local authorities to elaborate plans that would be oversized by federal courts established the basis for a structural reform through equity and structural injunctions. Jordão Violin believes that *Brown* sparked movements like the Civil Rights Act and the birth of modern class actions in the new Rule 23 in the 1966 reform of the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)⁶⁶.

Antonio Gidi also sees *Brown* and the need to implement mass policies of desegregation as one of the major issues that culminated in the Reform of Rule 23 in 1966. The 1938 Class Action Rule 23 was problematical for several reasons, but mainly because it did not establish a clear standard for the *res judicata* binds the absent parties, which is essential for civil rights litigation. They became incompatible with changes that American society was facing, from an individual model litigation (focused on monetary damages) to a massified model that addressed social disputes through injunctions and class actions⁶⁷. Flávia Funck shows that the shifting from an individual model of civil procedure to a collective one was also happening in other parts of the world in what Cappelletti and Garth called the “second wave” of access

⁶⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 336-340.

⁶⁵ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.** p. 33.

⁶⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.** p. 29-45.

⁶⁷ GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** p. 57-60.

to Justice in 1960-1970. After 1980, the movement reached Brazil, and it culminated in the Public Civil Action Law of 1985 and the Consumer Code of 1990⁶⁸.

After the 1966 Reform, the procedural and substantial law influenced each other in a dialect and symbiotic process to construct a new concept of mass litigation, as Antonio Gidi argues⁶⁹. The new class action became so popular that, only 5 years after the reform, the number of class actions has quadrupled⁷⁰. Rule 23(b) (2) class actions were the channel for structural reform because just one individual had the procedural tools to fight against discrimination against the whole group (*res judicata* could bind absent members)⁷¹. In the 80s, more than 600 school districts were controlled by Judges through class actions, which shows the power of structural injunctions in social reform⁷².

However, the aftermath of *Brown II* was not successful. Neither the Legislative nor the Executive supported *Brown II* in its early aftermath, not even a compromise to a gradual desegregation. In 1956, 101 members of Congress attacked *Brown* in a document known as the “Southern Manifesto”. They affirmed the precedent was unconstitutional, an exercise of “naked power” with “no legal basis”, and promised to use all lawful means to reverse the Court’s ruling and prevent the use of force on its implementation⁷³. State legislatures also resisted the decision, and in Alabama, Georgia, Mississippi, South Carolina, and Virginia, 42 pieces of pro-segregation legislation at the beginning of 1956, in a strategy of “mass resistance” to the decision and to supposedly preserve the “Southern way of life”⁷⁴.

⁶⁸ FUNCK, Flávia Bornéo. **Direitos Individuais Homogêneos**: elementos para uma definição em dois planos. *Passo Fundo: conhecer*, 2023, p. 61-65.

⁶⁹ GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. p.61.

⁷⁰ GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. p. 60.

⁷¹ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 43-44.

⁷² VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 44.

⁷³ ROSENBERG, G. Tilting at Windmills: *Brown II* and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation. p. 34.

⁷⁴ GILL, Ann M. The Supreme Court’s Rhetoric of Legitimization. *In* ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty*: a rhetorical perspective. p.143-170, p. 147.

President Eisenhower never used his prestige as a World War II hero to uphold the *Brown I* and *II* decisions. He made a few pronouncements about the decision, and none praised it⁷⁵. He is also believed to have told Chief Justice Warren in a dinner that the “[Southern Whites] are not bad people. All they are concerned about is to see that their sweet little girls are not required to sit in school alongside some big overgrown Negroes”⁷⁶. After that, he added that “it was difficult through law and through force to change a man’s heart”⁷⁷. Roy Wilkins, the Executive Director of the NAACP, summarized the President’s inaction: “if he had fought World War II the way he fought civil rights, we would all be speaking German today”⁷⁸.

Consequently, the *Brown II* desegregation process was not launched. The progress was found just in States that wanted to comply with the Court’s ruling: in the 1963-64 school year, less than 1% of African American children were in schools with whites in the Southern States of the Old Confederacy⁷⁹, except for Texas and Tennessee⁸⁰.

The opposition to the decision was ruthless. The Supreme Court avoided speaking directly in desegregation disputes unless it was an unbearable challenge to the Court authority in a prolonged violation of constitutional principles⁸¹. Those were the circumstances in *Cooper v. Aron*⁸², the first time a State used its troops to defy a Supreme Court’s decision⁸³.

⁷⁵ GILL, Ann M. The Supreme Court’s Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective*. p.143-170, p. 147.

⁷⁶ OGLETREE, Charles J. *All deliberate speed: reflections on the first half-century of Brown v. Board of Education*. p. 4.

⁷⁷ OGLETREE, Charles J. *All deliberate speed: reflections on the first half-century of Brown v. Board of Education*. p. 10.

⁷⁸ ROSENBERG, G. *Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation*. p. 34.

⁷⁹ The Old Confederacy was formed by Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Louisiana, Mississippi, North Carolina, South Carolina, Tennessee, Texas, and Virginia.

⁸⁰ ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope can courts bring about social change?* 3. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, p. 60.

⁸¹ GILL, Ann M. The Supreme Court’s Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective*. p.143-170, p. 147.

⁸² U.S. Supreme Court. *Cooper v. Aaron*. United States Supreme Court. 358 U.S. 1 (1958).

⁸³ GILL, Ann M. The Supreme Court’s Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. *Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective*. p.143-170, p. 149.

In *Cooper*, nine black students tried to enroll in 1957 at Central High in Little Rock, Arkansas. Those students had a federal district court ordering their admission, but Governor Orval Faubus gave orders to the Arkansas National to prevent them from entering the school, which led President Eisenhower to order federal troops to be available to enforce desegregation in Little Rock, according to Ogletree. After that, Governor Faubus articulated with the Legislative and called a local referendum, which produced a vote of 19,470 to 7,561 in favor of closing public schools and giving the money to private segregated schools to prevent desegregation⁸⁴.

The Little Rock school board, represented by Cooper (plaintiff), sued to postpone the desegregation plan in Arkansas due to the circumstances, and the district court granted relief. The court of appeals reversed, and the Supreme Court granted certiorari. In the end, Marshall and the NAACP prevailed with the Supreme Court having to invoke *Marbury*, that the Federal Constitution was the “supreme law of the land”, that the Supreme Court has the authority to say “what the law is”, and that state’s officials (and Governors), and Legislators were bound by the Court’s decisions⁸⁵.

Rosenberg collects statistics that show that the desegregation only started to work in the 70s, when almost 20 years after *Brown I*. In 1972, more than 91% of African American school children of the eleven Southern states were in integrated schools. Some scholars believe that the effort worked after the Court changed its language and demanded desegregation promptly in cases like *Cooper v. Aroon*, *Griffin v. County School Board*, and others. However, Gerald Rosenberg criticizes this view as court-centered and defends that the desegregation plans advanced because of a broad change in the political, social, and economic context. He thinks that action by Congress in Title VI of the 1964 Civil Rights Act and in the 1965 Elementary & Secondary Education Act was more efficient than the Court’s rulings because those Statutes allowed the Executive to threaten to cut funds for segregated public state schools. To prove this theory, Rosenberg uses the statistics that show that in the 1963-64 school year, 10 years after *Brown*, only 1,2% of African American children were in desegregated schools; in the 1972-73 school year, just a few years after the statutes cited, the number skyrocketed to 91%. The new legislation was also supported by a desire of Southern States to attract industry, which would require

⁸⁴ OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of *Brown v. Board of Education*. p. 12-13.

⁸⁵ U.S. Supreme Court. *Cooper v. Aaron*. United States Supreme Court. 358, 360 U.S. 1 (1958).

a peaceful desegregated school system, and the cultural changes promoted by the action of the Civil rights movement⁸⁶.

Violin agrees in part with Rosemberg, adding that Title IV and VI of the 1964 Civil Rights Act granted the Attorney General the power to sue demanding desegregation, which removed the burden from individual students. Also, the Court would have determined the desegregation with “all deliberated speed” as a strategy while the political conditions were not favorable to support the decision; when the social context changed and Congress approved the Civil Rights Act, it could use more assertive measures against the violators of the orders⁸⁷.

Nonetheless, Violin disagrees with Rosemberg, saying that Brown’s decisions were useless. Structural litigation was not meant to change society’s values or the law; it was only meant to make institutions comply with existing values. Thus, it is only intended to change facts, not the social-cultural context in which the society is inserted. The possibility of backlash from other branches of government to structural injunctions is not a problem but a good thing: it works as a check and balances system to prevent an abuse of discretion of the Judiciary. The author defends its point of view and the importance of structural litigation, showing that a resegregation process started in the 80s when the Judiciary started to take off structural injunctions because it believed that there was no more need for intervention. In 1988, the percentage of African American children studying in majority-white schools was 43,5%, and in 1998, it was 32,7%, a similar rate to the beginning of the 70s⁸⁸.

Scott Cummings partly agrees with Rosenberg, believing that courts lack the tools to enforce major structural reforms and that aggressive changes through court decisions are more likely to lead to backlash than Congress. But Cummings interpreted the Court decision as a part of a major process, considering that social movements change culture and politics, and later, the Supreme Court decisions changed to support the new consensus that social movements have produced. Also, policies implemented by the Legislative can also lack implementation, and this issue is not exclusive of the Court’s rulings. Political scientists produced “court impact”

⁸⁶ ROSENBERG, G. *Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation*. p. 39.

⁸⁷ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. p. 88-89.

⁸⁸ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019, p. 100.

studies after *Brown* showing that Court's decisions were disregarded and showed the "law in the books is different from law action"⁸⁹.

Scott Cummings defends that the 1964 Civil Rights Act was important for desegregation but the Supreme Court only fully committed itself to it, changing from a "all deliberate speed formula" to "wiping out segregation root and branch" in 1968 decision in *Green v. School Board of New Kent*. Desegregation also reached its peak in 1988 due to resources devoted by the Department of Justice to enforcement of the orders. However, Reagan and Bush Administrations promoted attacks on desegregation orders and, in 1991, the Supreme Court authorized the end of desegregation plans. Resegregation was caused not only by this backlash but also by residential segregation and other political changes outside the scope of Courts, which led the segregation back to indexes like 1968, which compromised Rosenberg's claim that the Legislative reform was a spark for desegregation. Thus, he proposes shifting the social change from Court-centered proceedings to a broad social change through the organization of social movements to the best course of action in each case. He does not want to discard social change through the judiciary, but he believes that this alternative must be balanced with the other ones available to choose the better path⁹⁰.

5. Structural reform to prevent and eliminate second-generation employment discrimination

Both sets of *Brown* cases, I and II, were grounded in the 14^o Amendment, which, like most constitutional amendments, is addressed against state action. Due to this characteristic of the United States legal system, structural reforms primarily targeted public institutions rather than private entities. However, following the *Brown* decision and the civil rights movements, structural reforms against discrimination in private relationships became viable through the Civil Rights Act of 1964. Title VII prohibits discrimination in employment relationships for private companies with 15 or more employees based on race, color, religion, sex, or national origin.

The protections against discrimination apply from the hiring process to the termination of the employment relationship, encompassing conditions, terms,

⁸⁹ CUMMINGS, Scott L. Rethinking the Foundational Critiques of Lawyers in Social Movements. p. 1999-2002.

⁹⁰ CUMMINGS, Scott L. Rethinking the Foundational Critiques of Lawyers in Social Movements. p. 2003-2004.

compensation, privileges, and promotion. The act also established the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), a federal agency empowered to enforce Title VII and eliminate unlawful discrimination in the workplace⁹¹.

A claim involving employment discrimination can be based on two different theories: disparate treatment, which involves intentional discrimination, and disparate impact, which refers to unintentional discrimination. Both types of litigation have distinct patterns of proof and remedies but can support the same claim. Such claims can be initiated by a single employee or on behalf of multiple litigants in case of systemic litigation, where conscious or unconscious discrimination is ingrained in the culture and structure of the organization.

Systemic discrimination lawsuits can be brought by the government, through the Department of Justice or EEOC, on behalf of employees who suffered unlawful discrimination or by private litigators representing a group. In the latter case, the procedure must adhere to the Federal Rule of Civil Procedure 23 requirements for class actions, which comprehend numerosity, commonality, typicality, and adequacy of representation. Courts scrutinize whether these requirements are satisfied to certify the class action, which is the decision indicating that the action meets the conditions to proceed. After class certification, considering the risks for the defendant, the probability of settling the case increases. It is important to note that class lawsuits filed by the government need not comply with these requirements, only private class actions are subject to them⁹².

Susan Sturm introduces a structural approach to what she refers to as second-generation employment discrimination, which denotes discrimination resulting “from patterns of interaction, informal norms, networking, mentoring, and evaluation.” It involves various actors, including courts, employees, and mediators, facilitating a comprehensive resolution of complex problems in the workplace⁹³.

Direct and intentional discrimination has been supplanted by structures influencing the internal decision-making processes and interactions in the workplace,

⁹¹ VODANOVICH, Stephen J. and RUPP, Deborah E. **Employment Discrimination: A Concise Review of the Legal Landscape.** New York: Oxford University Press, 2022.

⁹² SEINER, Joseph A. **Employment Discrimination: Procedure, Principles, and Practice.** New York: Wolters Kluwer, 2019.

⁹³ STURM, Susan. Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach. **Columbia Law Review.** 101, 458, 2001, p. 458.

driven by conscious or unconscious bias, within a framework that marginalizes groups in a non-dominant or less favorable position. In contrast to direct and intentional discrimination, second-generation discrimination is less visible and more challenging to identify. Even workplace policies against discrimination do not guarantee an environment free from second-generation discrimination. Moreover, flexible and decentralized organizations are not always immune to second-generation discrimination and may amplify the problem instead⁹⁴.

While the resolution of first-generation discrimination relied on the courts, tackling second-generation discrimination proved more complex through a judicial decree. A highly specific rule may fail to capture the variety and multiplicity of factors contributing to indirect and unintentional discrimination. Conversely, an overly broad rule may be inadequate in addressing each component of second-generation discrimination according to various contexts⁹⁵.

Therefore, the structural approach advocated by Sturm “encourages the development of institutions and process to enact general norms in particular contexts. ‘Legality’ emerges from an interactive process of information gathering, problem identification, remediation, and evaluation”. In this process, not only courts perform a crucial role, but employers and non-governmental actors also have important functions as “intermediaries in translating and mediating between formal law and workplace practice”⁹⁶.

This problem-solving process requires an accurate identification of the problem in its legal and organizational realms; a gathering and flow of relevant information; and the development of individual and institutional aptitude to offer responses and participate in constructing and assessing potential solutions. Imposed rules, unilaterally crafted and from the outside, are not compatible with engaging multiple actors committed to their efforts in reaching solutions for the problems.

In the problem-solving process, the Judiciary functions as an energizer that stimulates movement, not by determining the rules and remedies as usual, but by creating incentives in a pedagogic fashion for the employer to identify and implement procedures and routines that prevent or remove second-generation discrimination.

⁹⁴ STURM, Susan. *Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach*. p. 458.

⁹⁵ STURM, Susan. *Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach*. p. 458.

⁹⁶ STURM, Susan. *Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach*., p. 463 e 465.

Engagement, hard work, and success in this regard can be rewarded by avoiding liability in the future. Conversely, a simulated or forged process to maintain second-generation discrimination untouched will not exempt liability⁹⁷.

Sturm provides examples of cases where successful problem resolution was achieved by adopting this structural approach. One such case is the *Home Depot* case. Home Depot embraced a philosophy of a family entrepreneurship, encouraging individuals to enhance their home independently. The company also implemented a decentralized and non-bureaucratic management strategy. The corporation's business, which focused on construction and renovations, was traditionally associated with the male societal role⁹⁸.

In 1995, a group of female employees filed a class action lawsuit, contending discrimination in company's process, including hiring, promotion, and compensation. Following class certification, the court initiated a mediation process to reach a global settlement, involving various actors. The parties ultimately settled the case for \$87.5 million, and the Consent Decree issued provided injunctive relief mandating changes in Home Depot's personal practices to ensure equal opportunities to all. The decree also aimed to increase the number of women in certain positions, following a plan implemented over the subsequent five years.

A system of accountability, not reliant on rules but on technology, information, and systematization of discretion, was developed to align with the company's decentralized and non-bureaucratic management style. Job information and requirements were made transparent, fostering openness in the hiring and promotion process. Over time, the participation of women and minority groups saw a significant increase. Consequently, the Court ordered the termination of the Consent Decree before the scheduled five-year term⁹⁹.

With this and other examples, Sturm demonstrates the viability of the structural approach, which emphasizes problem-solving procedures constructed with the participation of experts not only in legal matters but also in other areas, as well as involving employees themselves. This approach is not grounded in rules imposed from outside. The Judiciary functions more as a conductor than an authority invested

⁹⁷ STURM, Susan. Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach. p. 483.

⁹⁸ STURM, Susan. Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach. p. 483.

⁹⁹ STURM, Susan. Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach. p. 483. See also <https://clearinghouse.net/case/9471>.

solely in adjudicating the case. Compliance is assessed over time, considering not only the outcomes but also the effort and seriousness in effecting tangible changes to eliminate second-generation discrimination.

The Walmart case, on the contrary, represents a setback in the structural reform. Female employees of Wal-Mart filed a class action against their employer, asserting that the supervisors' decisions were biased in favor of men and discriminatory against women, in violation of Title VII of the Civil Rights of 1964. The plaintiffs, representing approximately one and a half million former and current female employees nationwide, sought declaratory and injunctive relief, punitive damages, and back pay. The evidence presented included statistical data illustrating gender disparities, anecdotal reports from female employees, and a sociologist opinion stating that Wal-Mart "was vulnerable to gender discrimination"¹⁰⁰.

Plaintiffs moved to certify a class comprising all women employed by Wal-Mart since December 26, 1998. Wal-Mart denied any discriminatory practices, challenging the results of the data and studies through countervailing statistical and other evidence. The defendant also alleged that the class could not have been certified under Rule 23(b)(2) because it limited the company's right to present statutory defenses.

The District Court certified the class, finding the requirements of Rule 23(a) and 23(b)(2) to be met and deeming declaratory and injunctive reliefs appropriated to the case. The District Court ordered notice to be given to class members, allowing them to exercise the right to opt out. The Ninth Circuit affirmed, emphasizing that the plaintiffs satisfied the commonality requirement in Rule 23(a)(2) and certification under Rule 23(b)(2), because back pay claim did not predominate over the declaratory and injunctive pleadings. Additionally, the class action did not deprive the defendant of its rights. Punitive damages was remanded for further consideration¹⁰¹.

The Supreme Court reversed the decision, addressing two debated issues: whether the commonality requirement was met, and whether backpay would allow class certification under Rule 23(b)(2), which specifically refers to injunctive and declaratory relief. In an opinion written by Justice Scalia, the Court answered both issues with a "no", the first one by a majority 5 to 4, and the second, by a unanimous decision.

¹⁰⁰ U.S. Supreme Court. *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 222 F.R.D. 137 (N.D. Cal. 2004). p. 2553-2554

¹⁰¹ U.S. Supreme Court, 474 F.3d 1214.

The majority's analysis of the commonality issue included the statement: "The class action is 'an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only. *Califano v. Yamasaki*, 442 U. S. 682, 700–701 (1979)"¹⁰². The argument to deny commonality centered on the impracticality of consolidating numerous employment situations in one suit without a common link. The class action, in this case, would not result in a common answer to address the various forms of alleged discrimination.

According to the majority opinion, the plaintiffs failed to prove the existence of a discrimination policy adopted by the company that resulted in the same kind of injuries for over one million of former and current women employees. On the contrary, the opinion stated: "Wal-Mart's announced policy forbids sex discrimination, and the company has penalties for denials of equal employment opportunity"¹⁰³.

The dissent noted that the majority was introducing a sort of predominance requirement similar to Rule 23(b)(3) for certifying a class under 23 (b)(2) and criticized the majority for adopting an approach that emphasized "dissimilarities" rather than the common question. This approach, according to the dissent, caused the Court "to train its attention on what distinguishes individual class members, rather than on what unites them"¹⁰⁴.

The *Dukes* decision embodies this paradox. The intricate discussion on employment discrimination within the context of complex litigation left many doubts unresolved instead of providing precise answers. This subtype Rule 23(b) (2) is referred to as the mandatory class action because individuals do not have the option to opt out. This strong connection between mandatory class action and civil rights has led some courts to require only the allegation that the rights holders seek injunctive relief, without specifying the content¹⁰⁵. The behavior of the offender is considered from the perspective of the group, emphasizing "rather than piecemeal litigation. If the court decides in favor of the class, all class members can rely on the resulting injunction or declaration. If the court decides in favor of the defendant, all class members are bounded by to that result"¹⁰⁶.

¹⁰² U.S. Supreme Court. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al.* 131 S. Ct. 2541, 2550 (2011).

¹⁰³ U.S. Supreme Court. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al.* 131 S. Ct. 2541, 2553-2554 (2011).

¹⁰⁴ U.S. Supreme Court. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al.* 131 S. Ct. 2541, 2567 (2011).

¹⁰⁵ MARCUS, David. The Public Interest Class Action, 104 *Geo. L.J.* 777, 2016.

¹⁰⁶ CARROLL, Maureen. Class Action Myopia, 65 *Duke L.J.*, 2016, p. 843.

Empowering people with the possibility “to achieve extraordinary outcomes through the court system” gave a dimension of public interest to the class action as an instrument of “growth of statutory rights and constitutional claims”. The provision of appropriate relief to the class has become an essential tool for enjoying civil rights “in areas such as education, housing, public accommodations, and employment”¹⁰⁷.

Catherine R. Albiston criticizes the majority opinion for assigning weight to the Walmart non-discriminatory policy as evidence to disprove existence of intentional discrimination, thus undermining the support for the systemic disparate treatment claim and dismissing an alternative viable disparate impact claim. The Court did not consider the difference in how the organization expresses its policy and whether it is implemented by managers in a way that disguises discrimination. Albiston points out that “organizational policies that symbolize attention to civil rights laws have become widely accepted as evidence of actual compliance with those laws, whether or not those policies are effective”¹⁰⁸.

Inequality is viewed as a deviation of the individual supervisor, not reflective of the organization’s structure, and practices are assumed to be always neutral. However, several studies indicate the existence of institutional bias that requires structural reform with the engagement of the employer to eliminate, rather than allow the functioning of these structures and practices that enable discrimination in the workplace. In this sense, the focus must shift from individual agency to structural or systemic factors¹⁰⁹.

6. Conclusion

Structural reform represents an innovative approach to addressing complex litigation, aiming to provide solutions beyond the conventional remedies offered by the Judiciary. The genesis of structural reform lies in the enduring inequality within the United States, persisting despite constitutional amendments that abolished slavery and ensured equal protection. While *Brown I* proclaimed the end of racial segregation in schools, the eradication of segregation proved unattainable through traditional judicial adjudication. Segregated structures had become deeply ingrained

¹⁰⁷ CARROLL, Maureen. Class Action Myopia. P. 843.

¹⁰⁸ ALBISTON, Catherine R. Structure, Agency, and Working Law. *Law & Social Inquiry*. Vol. 44, Issue 4, 1221-1230, 2019, p. 1223.

¹⁰⁹ ALBISTON, Catherine R. Structure, Agency, and Working Law. p. 1231.

in schools and other public spaces, perpetuating the legacy of the “separated but equal” doctrine for years.

In the United States, structural reform is a suitable process for reshaping public institutions, given that the 14th Amendment does not regulate private relationships. However, following the enactment of the Civil Rights Act of 1964, the prohibition of discrimination was expanded to encompass spaces not under control of public authorities but managed by private entrepreneurs. The field of employment discrimination serves as an illustration of how structural reform operates in this context. Broadly speaking, workplace discrimination is a structurally unlawful practice that is challenging to detect. Addressing the issue requires more than targeting discrete events; rather, the underlying structure supporting discriminatory practices must be dismantled. The process to achieve this outcome is time-consuming and does not adhere to externally imposed rules. The Judiciary acts as a coordinator, facilitating and encouraging the participation of various actors involved in the workplace routines and experts to collaboratively construct a viable resolution.

The *Home Depot* case illustrates how structural reform operates in the realm of employment discrimination. In a certified class action, the Judiciary steered the case toward a comprehensive settlement, involving a mediator and other participants. The Consent Decree contained a structural injunction, granting Home Depot 5-year period to implement procedures and routines aimed at eradicating workplace discrimination. Prior to the deadline, the Judiciary confirmed Home Depot’s compliance with the decree, thereby concluding the case.

If the *Home Depot* case represented a successful instance of structural reform, the *Walmart* case marked a setback in the potential of structural reform. This was because the Supreme Court understood that the plaintiffs failed to meet the requirements for class certification, citing a lack of proof of gender discrimination and pointing to the company’s adoption of an anti-discrimination policy. However, a policy against discrimination does not guarantee a discrimination-free environment. It is essential to scrutinize whether supervisors are actively working to eliminate or prevent discrimination.

As a result, while structural reform has progressed as a more adaptable and inclusive approach to address structural litigation, it still encounters resistance in its widespread implementation. Meanwhile, structural litigation persists when confronted through traditional adjudication methods. A regular preventive injunction will not stop more sophisticated discrimination actions, such as second-generation

employment discrimination, if the institution in which the practices are found is not reformed and aligned with the law.

Therefore, it is possible to assume that structural litigation and structural reform through courts have boundaries that courts alone can hardly overcome. However, any police from other branches of government could have implementation issues, especially when it wants to change the *status quo*. Also, structural reform via Courts is part of a bigger process of change, and the enforcement of the rule of law aims at changing unlawful structures. If it is not always the best answer for every social problem, its potential can not be discarded.

References

ALBISTON, Catherine R. Structure, Agency, and Working Law. **Law & Social Inquiry**. Vol. 44, Issue 4, 1221-1230, 2019.

BURNHAM, W.; REED, Stephen F. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. 7ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2021, 1366 p.

CARROLL, Maureen. Class Action Myopia, 65 **Duke L.J.** 843, 2016.

CUMMINGS, Scott L. Rethinking the foundational critiques of lawyers in social movements (Colloquium: Civil Litigation Ethics at a Time of Vanishing Trials). **Fordham Law Review**, Vol. 85, Issue 5 (April 2017), pp. 1987-2016, available at <https://escholarship.org/uc/item/39p3h3w5>. Accessed on 25 Jan. 2024.

DONALD, David Herbert. **Charles Sumner and the Rights of Man**. New York: Random House, 1970, 595p.

FAUST, Drew Gilpin. **Death and Dying**. U.S. National Park Service – U.S. Department of the Interior. Available at: <https://www.nps.gov/articles/death-and-dying.htm>. Accessed on 12 Feb. 2024.

FERNANDES, João Renda Leal. **O “Mito EUA”: um país sem Direitos Trabalhistas?**. 2. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 59-61.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington/London: Indiana University Press, 1978, 117p.

FONER, Eric. Reconstruction: United States history. **Encyclopaedia Britannica**, 2024. Available at: <https://www.britannica.com/event/Reconstruction-United-States-history>. Accessed on 16 Feb. 2024.

FUNCK, Flávia Bornéo. **Direitos Individuais Homogêneos: elementos para uma definição em dois planos**. Passo Fundo: conhecer, 2023, 252p.

GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 525 p.

GILL, Ann M. The Supreme Court's Rhetoric of Legitimization. In ROUNTREE, Clarke. **Brown v. Board of education at fifty: a rhetorical perspective**. Oxford: Lexington Books, 2004.

OGLETREE, Charles J. **All deliberate speed**: reflections on the first half-century of Brown v. Board of Education. New York: W.W. Norton & Co., 2005.

MALVEAUX, Suzette M. The Modern Class Action Rule: Its Civil Rights Roots and Relevance Today, 6 U. **Kan. L.Rev.** 325, 2017.

MARCUS, David. The Public Interest Class Action, 104 **Geo. L.J.** 777, 2016.

UROFSKY, Melvin I. Dred Scott decision. **Encyclopaedia Britannica**, 2024. Available at: <https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>. Last accessed on Feb. 2nd, 2024.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope can courts bring about social change?** 3. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2023, 713p.

ROSENBERG, G. Tilting at Windmills: Brown II and the hopeless quest to resolve deep-seated social conflict through litigation. **Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice**, Vol. 24, Issue 1, 2006. Available at: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2921&context=journal_articles. Accessed on: 25 Jan. 2024.

STONE, Geoffrey R; SEIDMAN Jessica C.; SEIDMAN, Andrew R.; SUNSTEIN, Cass r.; TUSHNET, Mark; KARLAN, Pamela; TUSHNET, Rebecca and Laura. **Constitutional Law**. 8ed. Frederick: Wolters Kluwer, 2017.

STURM, Susan. Second Generation Employment Discrimination: A structural Approach. **Columbia Law Review**. 101, 458, 2001.

U.S. **Rules Enabling Act**. 28 U.S.C. § 2071-2077. Washington: June 19, 1934.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo estrutural**: teoria e prática. 5ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284, p. 333-369, out. 2018.

WOODWARD, C. Vann. **The strange career of Jim Crow**. Oxford: Oxford University Press, 2002. 272 p.

Cases list

U.S. Supreme Court. *Butchers' Benevolent Assn. of New Orleans v. Crescent City Livestock Landing & Slaughterhouse Co.* 83 U.S. (16 Wall.) 36, 21 L. Ed. 394 (1873).

U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954).

U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).

U.S. Supreme Court. *Cooper v. Aaron*. United States Supreme Court. 358 U.S. 1 (1958).

U.S. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*. United States Supreme Court. 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

U.S. Supreme Court. *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 222 F.R.D. 137 (N.D. Cal. 2004).

U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit. *Griffin v. County School Board*. 363 F.2d 206, cert. denied, 385 U.S. 960 (1966).

U.S. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, United States Supreme Court, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

U.S. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. United States Supreme Court. 4 L. Ed. 579, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

U.S. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

U.S. Supreme Court. *The Civil Rights Cases: United States v. Stanley* 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883).

U.S. Supreme Court. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al.* 131 S. Ct. 2541, 2550 (2011).



Processo estrutural e direito à moradia adequada: ADPF 828 no Supremo Tribunal Federal¹

Structural process and the right to adequate housing: ADPF 828 in the Federal Supreme Court

Proceso estructural y derecho a una vivienda adecuada: ADPF 828 en la Corte Suprema Federal

Ana Claudia Diogo Tavares²

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6272-6187>

E-mail: anaclaudiatavares@yahoo.com

Fernanda Maria da Costa Vieira³

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3606-3877>

E-mail: ferneppdh@gmail.com

Mariana Trotta Dallalana Quintans⁴

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5967-6350>

E-mail: marianatrottafnd@gmail.com

¹TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. Processo estrutural e direito à moradia adequada: ADPF 828 no Supremo Tribunal Federal. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 525-554, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a353>.

²Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5828295523291124>.

³Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5884846582193230>.

⁴Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4242484568301137>.

Resumo

O presente artigo busca analisar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas de prevenção às remoções forçadas e de garantia à moradia adequada, por meio da análise de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828. Essa ação, caracterizada como um processo estrutural, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Supremo Tribunal Federal, em 2021, com o objetivo de suspender despejos e remoções forçadas durante a pandemia de Covid-19 e determinar a construção de políticas públicas de habitação social provisória e permanente. A metodologia da análise consiste em estudo de caso, com revisão bibliográfica e documental da ADPF 828, a fim de analisar os efeitos materiais e simbólicos desse processo estrutural e seus limites. Concluímos que um dos efeitos simbólicos da ADPF 828 consiste em pautar, para a sociedade brasileira, o tema das remoções forçadas, caracterizadas como graves violações do direito fundamental à moradia adequada. Identificamos novas formas de decisão no âmbito do sistema de justiça, sob a perspectiva de construção de um novo modelo procedimental para demandas concernentes aos direitos à moradia e à terra em disputa, o que possibilita modificação do *habitus* do campo jurídico, para que sejam considerados os problemas estruturais relativos à posse da terra, à concentração fundiária e ao déficit habitacional, incluindo-se nos processos a participação tanto dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de acesso à terra e moradia quanto dos movimentos sociais populares.

Palavras-chave

Poder Judiciário; processo estrutural; direito à moradia adequada; ADPF 828.

Sumário

1. Introdução. 2. Conflitos fundiários e processo estrutural. 3. Direito à moradia adequada no Supremo Tribunal Federal: a ADPF 828. 4. Conclusão.

Abstract

This article seeks to analyze the role played by the judiciary in controlling public policies to prevent forced evictions and guarantee adequate housing, through a case analysis of the Action for Allegation of Noncompliance with Fundamental Precepts (ADPF) 828, Structural Process, proposed by the Socialism and Freedom Party (PSOL) at the Federal Supreme Court in 2021, with the aim of suspending evictions and forced removals during the Covid-19 pandemic and determining the construction of provisional and permanent public social housing policies. The analysis methodology consists of a case study, with a bibliographic and documentary review of ADPF 828, in order to analyze the material and symbolic

effects of this structural process and its limits. We conclude that one of the symbolic effects of ADPF 828 is to address the issue of forced evictions to Brazilian society, characterized as serious violations of the fundamental right to adequate housing. We identify new forms of decision within the scope of the Justice System, from the perspective of building a new procedural model for demands concerning the rights to housing and land in dispute, which makes it possible to modify the habitus of the legal field, so that the structural problems related to land ownership, land concentration and housing deficit, including in the processes both the participation of bodies responsible for public policies on access to land and housing, and popular social movements.

Keywords

Judiciary; structural process; right to adequate housing; ADPF 828.

Contents

1. Introduction. 2. Land Conflicts and Structural Process. 3. Right to adequate housing in the Federal Supreme Court: ADPF 828. 4. Conclusion.

Resumen

Este artículo busca analizar el papel que juega el poder judicial en el control de las políticas públicas para prevenir desalojos forzosos y garantizar una vivienda adecuada, a través del análisis de caso de la Acción por Alegación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales (ADPF) 828, Proceso Estructural, propuesta por el Partido Socialismo y Libertad (PSOL) en el Tribunal Supremo Federal en 2021, con el objetivo de suspender los desalojos y traslados forzosos durante la pandemia de Covid-19 y determinar la construcción de políticas públicas de vivienda social provisionales y permanentes. La metodología de análisis consiste en un estudio de caso, con una revisión bibliográfica y documental del ADPF 828, con el fin de analizar los efectos materiales y simbólicos de este proceso estructural y sus límites. Concluimos que uno de los efectos simbólicos de la ADPF 828 es abordar la cuestión de los desalojos forzosos en la sociedad brasileña, caracterizados como graves violaciones del derecho fundamental a una vivienda adecuada. Identificamos nuevas formas de decisión en el ámbito del Sistema de Justicia, desde la perspectiva de construir un nuevo modelo procesal para las demandas relativas a los derechos a la vivienda y al suelo en disputa, que permita modificar el habitus del campo jurídico, de modo que los problemas estructurales relacionados con la tenencia de la tierra, la concentración de la tierra y el déficit habitacional, incluyendo en los procesos tanto la participación de los órganos responsables de las políticas públicas de acceso a la tierra y la vivienda, como de los movimientos sociales populares.

Palabras clave

Poder Judicial; proceso estructural; derecho a una vivienda adecuada; ADPF 828.

Índice

1. Introducción. 2. Conflictos de Tierras y Proceso Estructural. 3. Derecho a una vivienda adecuada en el Corte Suprema Federal: ADPF 828. 4. Conclusión.

1. Introdução

A concentração fundiária, o déficit habitacional e a ausência de políticas públicas de garantia de acesso à terra e moradia digna para população vulnerabilizada são problemas estruturais que têm raízes históricas.

No contexto de crise sanitária, com o agravamento do déficit habitacional, foram verificados despejos em massa em todo o território nacional, mesmo quando a recomendação das autoridades sanitárias era “fique em casa”.

Diante desse cenário, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 828, que procurava suspender as remoções forçadas durante a pandemia da Covid-19. Essa ação se caracterizou como um importante processo estrutural com o objetivo de efetivar o direito à moradia adequada e promover uma moratória dos despejos no Brasil.

Os processos estruturais podem ser compreendidos como processos coletivos que, através da atuação jurisdicional, buscam “a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”⁵, ou seja, um litígio coletivo policêntrico, originado de contexto de violação de direitos⁶. De forma mais ampla, os processos estruturais são relacionados a problemas estruturais, definidos pela existência de um “estado de desconformidade”, isto é “uma situação de

⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 43, n. 284, p. 8, out. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 7.

desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante”⁷.

O presente artigo objetiva analisar a ADPF 828 e investigar como os processos estruturais podem contribuir para a efetivação do direito à moradia adequada das populações vulneráveis, refletindo sobre os limites e as possibilidades do controle judicial das políticas públicas.

Como metodologia de pesquisa, foi realizado o estudo de caso da ADPF 828, por meio de uma pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica e documental. O presente artigo encontra-se dividido em três partes. Inicialmente, apresentamos o debate científico sobre conflitos fundiários e processo estrutural. Em seguida, analisamos como o direito à moradia adequada foi compreendido pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do exame dos autos da ADPF 828. Após essa análise, apresentamos nossas conclusões sobre a relação entre conflitos fundiários, processo estrutural e direito à moradia adequada.

2. Conflitos fundiários e processo estrutural

O direito à moradia adequada historicamente não tem sido garantido pelo Estado brasileiro. Os segmentos mais pauperizados da classe trabalhadora, especialmente a população negra, foram excluídos do acesso à terra. Como aponta James Holston, ao analisar a história jurídica da propriedade privada no território brasileiro, a Lei de Terras de 1850 representou um marco fundamental de exclusão da propriedade da terra para a população negra, ao instituir o sistema de compra e venda como forma de obtenção de terras⁸.

Ao longo da história brasileira, importantes lutas foram realizadas com o objetivo de positivar e efetivar o direito à terra e à moradia adequada. Atualmente, o direito à moradia adequada está assegurado como um direito social fundamental, no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). O art. 23, IX, da CRFB de 1988 estabelece a competência comum da União,

⁷DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, p. 104, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

⁸HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

estados e municípios na construção de programas de habitação por interesse social. Entretanto, o que se verifica, no território nacional, é a sistemática violação ao direito à terra e à moradia adequada.

O déficit habitacional se caracteriza como um problema estrutural no Brasil. De acordo com a Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional no Brasil era de quase 6 milhões de moradias em 2019, composto por 60% de famílias chefiadas por mulheres⁹.

Muniz destaca que, “a cada 100 domicílios particulares no Brasil, 13 estão vagos”. A autora aponta que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) “contou 11,4 milhões de casas e apartamentos vazios no país. A proporção aumentou comparada ao censo anterior: em 2010, eram 9 a cada 100”¹⁰.

Importante destacar que, nesse período, o Programa Minha Casa Minha Vida¹¹, dos governos Lula e Dilma, perdeu fôlego, especialmente após o *impeachment* em 2016. Foi extinto no governo Bolsonaro e substituído pelo Programa Casa Verde e Amarela, que não se caracterizava como um programa de habitação de interesse social para as faixas mais vulneráveis, mas de concessão de crédito para compra de imóvel¹².

Os dados da Fundação João Pinheiro e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) trabalhados por Muniz¹³ apontam que existe muita gente sem casa e muita casa sem gente, visto que, durante os últimos anos, não existiram políticas de destinação dos imóveis não operacionais da União Federal, por exemplo, para políticas de habitação por interesse social. Ao contrário, durante o governo Bolsonaro, esses imóveis foram colocados a leilão com o objetivo de serem disponibilizados para a iniciativa privada. Somente, em fevereiro de 2024, no governo Lula, foi lançado

⁹ LACERDA, Larissa; GUERREIRO, Isadora; SANTORO, Paula Freire. Por que o déficit habitacional brasileiro é feminino. **Labcidade**, São Paulo, 22 abr. 2021. <https://www.labcidade.fau.usp.br/por-que-o-deficit-habitacional-brasileiro-e-feminino/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

¹⁰ MUNIZ, Bianca. Censo 2022: Brasil tem 11 milhões de casas e apartamentos vagos: número de casas vazias é o dobro do déficit habitacional no Brasil. **Pública**, São Paulo, 29 jun. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/06/censo-2022-brasil-tem-11-milhoes-de-casas-e-apartamentos-vagos/>. Acesso em: 27 fev. 2024.

¹¹ Como apontado por Rolnik, o Programa Minha Casa Minha Vida tinha vários limites como programa de habitação por interesse social. Ver ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

¹² Após a eleição do Presidente Lula (PT), em 2023 foi retomado, com algumas mudanças, o Programa Minha Casa Minha Vida.

¹³ MUNIZ, Bianca. Censo 2022: Brasil tem 11 milhões de casas e apartamentos vagos: número de casas vazias é o dobro do déficit habitacional.

o Programa de Democratização de Imóveis da União, com o objetivo de destinar prédios e terrenos públicos federais que descumpram a função social para a implementação, entre outras políticas, de habitação por interesse social.

Deve ser destacado que os instrumentos previstos no art. 182 da CRFB de 1988 e do Estatuto da Cidade para a intervenção do Estado nas propriedades privadas que descumpram a função social nunca foram realmente efetivados no país.

Dessa forma, no período da crise sanitária, não existiam programas federais permanentes nem provisórios de habitação de interesse social.

Se, por um lado, o Poder Executivo não implementa políticas públicas para efetivar o direito fundamental à moradia adequada; por outro, o Poder Judiciário continuou concedendo, de forma célere, liminares de reintegração de posse contra populações vulneráveis que ocupam imóveis públicos ou privados como alternativa ao problema habitacional no Brasil¹⁴.

Apenas em 7 de outubro de 2021, foi promulgada a Lei 14.216/2021, que estabeleceu

medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias¹⁵.

¹⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS **Conflitos fundiários urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do Novo Código de processo civil. Brasília: CNJ, 2021. (Série Justiça e Pesquisa). Relatório final de pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

¹⁵BRASIL. **Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

Essa lei só foi aprovada no Congresso Nacional após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 828 suspendendo as remoções forçadas, mas excluiu da sua abrangência as áreas rurais, por pressão da bancada ruralista no Congresso Nacional¹⁶.

Segundo o monitoramento da Campanha Despejo Zero, 1.422.676 pessoas foram atingidas por remoções ou tentativas de despejos: 309.351 famílias ameaçadas, 41.561 famílias despejadas, 243.278 crianças atingidas, 239.010 pessoas idosas atingidas, 853.606 mulheres atingidas e 938.966 pessoas negras atingidas¹⁷.

Esses despejos e as ameaças de remoções são promovidos por diferentes atores, instrumentos e com diferentes justificativas. Os agentes públicos têm sido o promotor das remoções do maior número de pessoas em todo o Brasil. Entretanto, a principal ação judicial utilizada para promover as remoções forçadas tem sido a ação possessória.¹⁸ Marca histórica do Poder Judiciário brasileiro é a existência de um *habitus*¹⁹ proprietário e patrimonialista que reverbera no julgamento dessas ações possessórias, que buscam a remoção forçada de famílias vulneráveis²⁰. A atuação

¹⁶ VIEIRA, Fernanda; TAVARES, Ana Claudia Diogo; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. A Resolução 510/2023 do CNJ e a comissão regional de soluções fundiária do TRF2: novas possibilidades para os movimentos sociais de luta por terra e moradia? **Confluências**: revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 25, n. 3, p. 141-162, 2023. DOI: <https://doi.org/10.22409/conflu.v25i3.60078>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/60078>. Acesso em: 12 jun. 2024.

¹⁷ MAPEAMENTO nacional de conflitos pela terra e moradia. Despejo zero, c2020. Disponível em: <https://mapa.despejzero.org.br/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

¹⁸ MAPEAMENTO nacional de conflitos pela terra e moradia.

¹⁹ O *habitus* para Bourdieu pode ser entendido como o *ethos*, a cultura, a lógica dominante do campo que condiciona as interpretações, as práticas e os rituais simbólicos que mantêm a estrutura de poder e dominação de determinado campo. Ver BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

²⁰ Ver ACYPRESTE, Rafael de. **Ações de reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto**: dicotomia entre propriedade e direito à moradia. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.realp.unb.br/jspui/handle/10482/20264>. Acesso em: 12 jun. 2024. CORTES, Sara da Nova Quadros. **Análise do discurso judicial nos conflitos por terra referentes a desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias**: in dubio pro "proprietário"? 2017. 461 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara_da_nova_quadros_cortes.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023. FREITAS, Cleuton César Ripol de. **Uma abordagem da questão agrária brasileira e o papel do Poder Judiciário frente às ocupações de terra**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2005. QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense**: seu olhar sobre as ocupações do MST. 2005. 214 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp077273.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

nesses conflitos da magistratura de primeira e segunda instância não se alterou substancialmente durante a pandemia da Covid-19, justamente em um contexto de agravamento da crise habitacional, no qual não existia nenhum programa de habitação de interesse social permanente ou emergencial no cenário de crise sanitária, culminando em uma pandemia de despejos no território nacional.

Essa realidade mostra um cenário contrário ao direito fundamental à moradia promovido por ações e omissões dos diferentes entes federados e dos poderes do Estado no contexto pandêmico. Os processos de despossessão e exclusão do acesso à terra e moradia não se limitam à crise sanitária – embora tenham se agravado neste período –, mas são uma marca da história do Brasil, fruto da estrutura fundiária.

A violação do direito fundamental à moradia adequada se caracteriza como um litígio coletivo estrutural, que se compreende como um

litígio multipolar, complexo e que possui características específicas, o direito social à moradia necessita da atuação estatal para sua implantação por meio de políticas públicas que tratem o conflito social em sua origem, sendo necessário, para tanto, a reestruturação de uma política, de um programa ou de uma instituição pública²¹.

Desde a propositura da ADPF 347/DF, relativa à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional brasileiro, o debate sobre os processos estruturais e o impacto do controle judicial de políticas públicas tem ganhado espaço no debate jurídico.

Conforme Didier Jr. *et al.*, o conceito de processo estrutural pressupõe a existência de um problema estrutural²². Os autores explicam que o problema estrutural é definido

²¹ NORONHA, Sílvia Gomes; FICHER, Luly Rodrigues da Cunha; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O direito à moradia adequada e a ADPF 828-DF: uma análise a partir do processo estrutural. **Revista Eletrônica de Direito Processual**: REDP, v. 24, n. 3, p. 535, set./dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2023.79583>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79583>. Acesso em: 12 jun. 2024.

²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 104.

pela existência de um estado de conformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal, e que necessita de reorganização (ou de reestruturação)²³.

Como destacado, o déficit habitacional e as remoções forçadas são problemas estruturais no Brasil, ainda mais agravados no contexto da crise sanitária. Foi proposta no Supremo Tribunal Federal (STF), durante a pandemia de Covid-19, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828.

Outras ações constitucionais também foram propostas no âmbito do STF procurando promover o controle judicial das políticas públicas no contexto de emergência da crise sanitária. Alguns casos foram precedentes importantes na Suprema Corte para a propositura da ADPF 828, como: o Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC, que teve pedido de cautelar para que fossem suspensos os processos que pudessem acarretar a remoção de comunidades indígenas; ADPF 709, que objetivou sanar omissões do Poder Público no combate à pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas; a ADPF 635, que teve como finalidade a redução da letalidade policial e a suspensão de operações policiais em favelas no contexto pandêmico; e a ADPF 742, que procurou suspender as ações de despejos e remoções de comunidades quilombolas no contexto da pandemia, entre outras.

A ADPF 828 teve como objetivo suspender as remoções forçadas no contexto da pandemia de Covid-19. Segundo Noronha, Fisher e Goes, a ADPF 828 representa o primeiro processo estrutural no STF com amplitude, relacionado especificamente ao direito à moradia adequada²⁴. Essa ADPF pode se caracterizar como um processo estrutural cujo objetivo é sanar ações e omissões do Estado contrárias ao direito fundamental à moradia adequada.

Para isso, o primeiro passo é a identificação de que é um problema estrutural o alto déficit habitacional que convive com a existência de imóveis vazios, o que caracterizaria como “um estado de desconformidade” com o direito à moradia adequada, garantido pela Constituição brasileira de 1988 e por tratados internacionais

²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 104.

²⁴ NORONHA, Silvia Gomes; FICHER, Luly Rodrigues da Cunha; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O direito à moradia adequada e a ADPF 828-DF: uma análise a partir do processo estrutural.

de direitos humanos. Entretanto, há outras características arroladas por Didier Jr. *et al.* que devem ser incorporadas ao debate que efetive essa ADPF como um processo estrutural em sua plenitude. Conforme os autores:

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC)²⁵.

O próximo tópico se dedica à análise dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental e a reflexão sobre os desafios da configuração dessa ação como um processo estrutural, visando alcançar a transição para um estado ideal de coisas, com a garantia do direito à moradia adequada, pautando as decisões judiciais e as políticas públicas.

3. Direito à moradia adequada no Supremo Tribunal Federal: a ADPF 828

No cenário de muitas remoções forçadas durante a crise sanitária, foi criada a Campanha Nacional Despejo Zero, pela vida no campo e nas cidades, em junho de 2020, por meio da articulação de mais de 175 movimentos populares, organizações, defensorias e universidades, com o objetivo de promover incidências

²⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 107-108.

jurídico-políticas e mapeamento de despejos urbanos e rurais e de lutar por políticas públicas de terra e moradia²⁶.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em articulação com movimentos sociais, no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2021. Nessa ação de controle de constitucionalidade, houve o requerimento de concessão de medida cautelar, com o objetivo de suspender despejos e remoções, de forma emergencial durante a pandemia da Covid-19, até o julgamento final da ação e a criação de planos de moradias populares em caráter emergencial e também permanente.

Diversas entidades que compõem a Campanha Despejo Zero ingressaram como *amici curiae* na ADPF 828, como: Partido dos Trabalhadores, Movimento dos Trabalhadores sem Teto (MTST), Terra de Direitos, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Conselho Estadual dos Direitos Humanos da Paraíba, Associação Brasileira de Juristas pela Democracia, Associação das Advogadas e Advogados Públicos para Democracia, Coletivo por um Ministério Público Transformador, Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular Luiza Mahin (NAJUP/UFRJ), Acesso-Cidadania e Direitos Humanos, Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Centro de Direitos Econômicos e Sociais (CDES).

Entidades do setor patronal, como a Confederação Nacional da Agricultura (CNA), também requereram o ingresso como *amicus curiae*, com o objetivo de que as áreas rurais fossem excluídas da abrangência da referida ação constitucional. Apesar de a CNA ter sido admitida como amiga da corte, o pedido de exclusão dos conflitos rurais foi negado ao longo do processo²⁷.

Em 3 de junho de 2021, o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, concedeu parcialmente a medida cautelar requerida, para suspender o despejo de áreas ocupadas anteriormente a 20 de março de 2022, e estabeleceu condicionantes às remoções de áreas ocupadas posteriormente a essa data, como forma de enfrentamento

²⁶ FRAZONI, Júlia Ávila; LABÁ DIREITO, ESPAÇO & POLÍTICA (org.). **Gramática jurídica da campanha despejo zero**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, 2022. Disponível em: <https://www.terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/37/gramatica-juridica-da-campanha-despejo-zero/23802>. Acesso em: 11 jun. 2024.

²⁷ VIEIRA, Fernanda; TAVARES, Ana Claudia Diogo; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. A Resolução 510/2023 do CNJ e a comissão regional de soluções fundiária do TRF2: novas possibilidades para os movimentos sociais de luta por terra e moradia?

adequado à pandemia e de garantia do direito à saúde pública e à vida, nos seguintes termos²⁸:

61. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para: *i) com relação a ocupações anteriores à pandemia*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020); *ii) com relação a ocupações posteriores à pandemia*: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e *iii) com relação ao despejo liminar*: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.425/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório²⁹.

Na decisão foram apresentadas algumas ressalvas relacionadas à abrangência dos efeitos da medida cautelar, como, nos casos de ocupações em áreas de risco com a presença de “crime organizado”, nas hipóteses de remoção que possibilite a retirada de invasores de terras indígenas e nos casos em que existam medidas mais protetivas aos grupos vulneráveis³⁰.

²⁸ Estas decisões na ADPF 828, foram fundamentais para a suspensão de remoções forçadas durante a Pandemia de Covid-19, muitas vezes tendo sua eficácia garantida por meio de Reclamações Constitucionais proposta no STF.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de junho de 2021.p. 41-42. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346615468&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³⁰ STF, ADPF 828/DF MC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 3 jun. 2021. p. 41-42.

A primeira decisão cautelar proferida pelo STF na ADPF 828, assim como as demais decisões cautelares, como será verificado ao longo deste tópico, não apreciou o pedido de determinação de que os entes federativos construíssem planos emergenciais provisórios e permanentes de moradia popular. Entretanto, essa decisão teve um impacto importante ao promover a moratória das remoções de áreas de ocupação antiga e estabelecer condicionantes para as reintegrações de áreas ocupadas durante a crise sanitária.

Próximo ao fim do prazo de suspensão dos despejos determinado na primeira medida cautelar concedida na ADPF 828, o PSOL e os *amici curiae*, que compõem a Campanha Despejo Zero, peticionaram conjuntamente, na ação com pedido de medida cautelar incidental, requerendo a extensão do prazo estabelecido na primeira decisão.

O Ministro Barroso deferiu parcialmente esse pedido em 1º de dezembro de 2021. A segunda cautelar incidental determinou a “extensão, para as áreas rurais, da suspensão temporária de desocupações e despejos, de acordo com os critérios previstos na Lei nº 14.216/2021, até o prazo de 31 de março de 2022”. Na decisão, o relator também fez um “apelo ao legislador, a fim de que prorogue a vigência dos prazos previstos na Lei nº 14.216/2021 (arts. 1º; 2º; 4º e 5º), tendo em vista o cenário atual da pandemia”, e alertou que, caso não ocorresse a referida prorrogação pelo Legislativo até o período de recesso do Congresso Nacional, ela seria feita pelo STF³¹.

O Plenário do STF, por maioria, referendou a decisão do relator. Entretanto, o clamor do STF para o legislador prorrogar a vigência dos prazos da Lei 14.216/2021 (arts. 1º, 2º, 4º e 5º)³², que estabelecia a suspensão de despejos coletivos em áreas urbanas até dezembro de 2021, não foi atendido.

Em março de 2022, foi apresentado novo pedido pelos *amici curiae* que integram a Campanha Despejo Zero, para que houvesse extensão da medida cautelar anteriormente concedida no âmbito da ADPF 828, em virtude do aumento de casos de pessoas com Covid-19 no Brasil. Nesse contexto, foi proferida a terceira cautelar incidental estendendo o prazo de moratória de remoções até 30 de junho de 2022:

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de dezembro de 2021. p. 23-24. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349030455&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³² BRASIL. **Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

17. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar incidental, nos seguintes termos: (i) Mantenho a extensão, para as áreas rurais, da suspensão temporária de desocupações e despejos, de acordo com os critérios previstos na Lei nº 14.216/2021, até o prazo de 30 de junho de 2022; (ii) Faço apelo ao legislador, a fim de que delibere sobre meios que possam minimizar os impactos habitacionais e humanitários eventualmente decorrentes de reintegrações de posse após esgotado o prazo de prorrogação concedido; (iii) Concedo parcialmente a medida cautelar, a fim de que os direitos assegurados pela Lei nº 14.216/2021, para as áreas urbanas e rurais, sigam vigentes até 30 de junho de 2022³³.

O STF, por maioria, ratificou a medida cautelar incidental parcialmente deferida nos termos do voto do relator. Na véspera do final do prazo estipulado pelo STF, a Campanha Despejo Zero requereu novamente a extensão do prazo. Esse prazo foi prorrogado até 31 de outubro de 2022, por decisão liminar do Ministro Luís Roberto Barroso, referendada pelo pleno do STF. Nessa decisão, o Ministro Barroso já apontava a necessidade de um regime de transição para o julgamento de ações possessórias coletivas, mas concedia maior espaço de tempo para que o Poder Legislativo pudesse disciplinar a matéria, sem descartar a necessidade de controle judicial em caso de omissão daquele Poder.

16. Partidos, órgãos colegiados, entidades da sociedade civil e movimentos sociais têm procurado contribuir com a apresentação de propostas de regime de transição e de condicionantes para a retomada das desocupações.

[...]

17. Várias dessas propostas foram incorporadas ao Projeto de Lei nº 1.501/2022, de autoria da Deputada Natália Bonavides, [...]. Diante disso, não só pelas circunstâncias sanitárias, mas também políticas, é recomendável que esta Corte não implemente desde logo um regime de transição, concedendo ao Poder Legislativo um prazo razoável para

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de março de 2022. p. 13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350451892&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

disciplinar a matéria. Não se descarta, porém, a hipótese de intervenção judicial em caso de omissão³⁴.

No dia 31 de outubro de 2022, o Ministro Barroso deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar incidental para adotar um *Regime de Transição* de retomada das ações possessórias suspensas no período da pandemia:

(a) Determino que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais instalem, imediatamente, comissões de conflitos fundiários que possam servir de apoio operacional aos juízes e, principalmente nesse primeiro momento, elaborar a estratégia de retomada da execução de decisões suspensas pela presente ação, de maneira gradual e escalonada; (b) Determino a realização de inspeções judiciais e de audiências de mediação pelas comissões de conflitos fundiários, como etapa *prévia* e *necessária* às ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos. As audiências devem contar com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos locais em que esta estiver estruturada, bem como, quando for o caso, dos órgãos responsáveis pela política agrária e urbana da União, Estados, Distrito Federal e Municípios onde se situe a área do litígio, nos termos do art. 565 do Código de Processo Civil e do art. 2º, § 4º, da Lei nº 14.216/2021. (c) Determino que as medidas administrativas que possam resultar em remoções coletivas de pessoas vulneráveis (i) sejam realizadas mediante a ciência prévia e oitiva dos representantes das comunidades afetadas; (ii) sejam antecedidas de prazo mínimo razoável para a desocupação pela população envolvida; (iii) garantam o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade social para abrigos públicos (ou local com condições dignas) ou adotem outra medida eficaz para resguardar o direito à moradia, vedando-se, em qualquer caso, a separação de membros de uma mesma família³⁵.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Terceira Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 29 de junho de 2022. p. 13-14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352148165&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de outubro de 2022. p. 24-25. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354516286&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

O STF, por maioria, referendou essa tutela provisória incidental parcialmente deferida, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques e André Mendonça. A decisão do STF, assim como as anteriores, não apreciou o pedido de determinação para que o Estado brasileiro criasse um plano de emergência provisório e permanente de moradia popular, como requerido na inicial da ADPF 828 e pelos *Amici curiae* (ligados à Campanha Despejo Zero).

Em outras ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo determinou ao Executivo a construção de planos para o enfrentamento da ação ou omissão responsável pela violação de direitos fundamentais.

Por exemplo, na ADPF 635 foi determinado pelo STF que o Estado do Rio de Janeiro apresentasse um plano de redução da letalidade policial, além de uma série de condicionantes, que visavam estabelecer uma moldura constitucional para a política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário realizada por videoconferência, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em acolher parcialmente os embargos de declaração para: 1 – por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Edson Fachin (Relator), deferir o pedido de medida cautelar constante do item “a” da petição inicial, a fim de determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação, 2 – por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro André Mendonça, determinar que até que o plano mais abrangente seja elaborado, atendido o domínio normativo da administração e consideradas as peculiaridades locais, bem como assegurado às forças de segurança examinem diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo [...]³⁶.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 – RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. p.

O mesmo ocorreu na ADPF 976, na qual o STF estabeleceu, entre outras, ações de plano de ação e monitoramento para a implementação de Política Nacional para a População em Situação de Rua, com a finalidade de que fossem sanadas as omissões violadoras de preceitos fundamentais desse grupo social³⁷.

As Cortes Constitucionais da África do Sul e da Colômbia também têm proferido decisões em processos estruturais emblemáticas no controle judicial de políticas públicas de moradia, em casos como Grootboom, Olivia Road e Joe Slovo, e promovido o controle judicial de políticas habitacionais, determinando que o Poder Público criasse e implementasse, como no caso Grootboom, um programa para efetivar o direito à moradia adequada, conforme os recursos disponíveis.

Essa foi uma decisão estrutural importante, ao determinar a necessidade de construção de políticas públicas de habitação popular, entretanto apresentou alguns limites ao não estabelecer o prazo e a forma como seria executada a política. Nos casos Olivia Road e Joe Slovo, a Corte sul-africana determinou que as cidades envolvidas promovessem um *compromisso significativo* com os impactados pela política urbana. Em todos esses processos estruturais, a Corte Constitucional da África do Sul promoveu o controle judicial da política pública de habitação.

A Corte Constitucional colombiana, na sentença T-25, que tratou do acesso à moradia digna pelos deslocados internos na Colômbia, estabeleceu critérios para a identificação do Estado de Coisas Inconstitucional com relação à violação do direito à moradia adequada pelos deslocamentos forçados³⁸.

Torna-se necessário trazer o conceito de *compromisso significativo*, que se vincula aos processos estruturais. Para Serafim e Marmelstein (2021), os *compromissos significativos* representam a efetivação entre sistema de justiça e democracia participativa, porque os processos estruturais se constroem a partir da escuta dos grupos sociais que foram, ao longo do processo histórico, alijados de uma cidadania ativa.

4-5. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351553094&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de julho de 2023. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359679044&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

³⁸ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 32, p. 148-183, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v19i32.p148-183.2021>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3749>. Acesso em: 24 fev. 2024.

De acordo com os autores, “para aprofundar a democracia participativa, é preciso que os cidadãos possam atuar nas instituições públicas de seu país, influenciando a formulação das políticas que afetam diretamente a sua comunidade, e isso inclui a instância judicial”³⁹.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não avançou neste mérito, até o momento da escrita deste artigo⁴⁰. As decisões na ADPF 828 trataram o direito à moradia adequada de forma residual, compreendendo apenas a suspensão das reintegrações de posse como estratégia de enfrentamento da pandemia da Covid-19⁴¹. O STF pode avançar na decisão de mérito, declarando que as remoções devem ser entendidas como exceções, por violarem o direito à moradia adequada, como prevê a Resolução 10 de 2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos.

Como apontam Casimiro e Marmelstein, os processos estruturais podem possibilitar conquistas materiais e simbólicas que fortaleçam o debate sobre os direitos humanos fundamentais, pois, “ainda que o alívio não seja imediato e que a dimensão concreta da decisão estrutural não seja tão forte quanto a simbólica, não se deve considerar o processo como inútil ou como perda de tempo”. O peso simbólico da decisão pode produzir importantes efeitos práticos futuros para aqueles que enfrentam ameaças de despejo, como ocorreu com as decisões da Corte Constitucional sul-africana⁴².

Um importante efeito simbólico da ADPF 828 foi pautar, para a sociedade brasileira, o tema das remoções forçadas como forte violação ao direito fundamental à moradia adequada e o papel do Poder Público, incluindo o Poder Judiciário em toda essa história.

A quarta tutela incidental provisória da ADPF 828, enquanto uma decisão estrutural, também pôde possibilitar mudanças na cultura jurídica nos conflitos

³⁹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, p. 795, set./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743>. Acesso em: 24 fev. 2024.

⁴⁰ Este artigo foi concluído em 3 de março de 2024.

⁴¹ CAFRUNE, Marcelo, SILVA, Marcela Simões; MELO, Thamara Madeiro. O direito à moradia entre a relativização e a invisibilidade: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas reclamações constitucionais relacionadas à ADPF nº 828. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*: RBDU, v. 8, n. 14, p. 39-66, jan./jul. 2022.

⁴² CASIMIRO, Matheus; LIMA, George Marmelstein. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 434, 2022. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i102.6142>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6142>. Acesso em: 1 mar. 2024.

fundiários. Essa decisão condicionou a retomada das ações possessórias à criação de Comissões de Conflitos Fundiários pelos Tribunais, com a realização de visitas técnicas e audiências de mediação e/ou conciliação de conflito “como etapa prévia e necessária as ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos”⁴³, nos termos do art. 565 do Código de Processo Civil e do art. 2º, § 4º, da Lei 14.216/2021.

Como analisam Noronha, Ficher e Goes, essa decisão na ADPF 828, ao determinar a realização de visitas técnicas e audiência de mediação com ampla participação e prévias a qualquer ordem de remoção pelas Comissões de Conflitos Fundiários, e o estabelecimento de meios participativos e colaborativos, abre possibilidades de uma mudança emblemática no trato dos conflitos fundiários pelo Poder Judiciário⁴⁴.

A atuação tradicional do Poder Judiciário em ações possessórias apresenta, como padrão, a indeterminação dos réus, com expressões carregadas de simbologias negativas que desqualificam, criminalizam e desconsideram os réus como sujeitos de direito⁴⁵.

Noronha, Ficher e Goes também apontam que a decisão se constituiu como uma decisão estrutural que

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 2 de novembro de 2022. p. 8. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

⁴⁴ NORONHA, Sílvia Gomes; FICHER, Lúly Rodrigues da Cunha; GOES, Gisele Santos Fernandes. O direito à moradia adequada e a ADPF 828-DF: uma análise a partir do processo estrutural. p. 541.

⁴⁵ MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017. QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense: seu olhar sobre as ocupações do MST**. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS.. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil**.

[...] além de abrir espaço para compromissos significativos entre os atores envolvidos, possibilitando que os juízes, diante dos casos concretos e com apoio operacional ou em conjunto com as Comissões de Conflitos Fundiários, possam encontrar soluções cooperativas e restabelecer o diálogo entre as partes, de modo que o conflito social seja enfrentado em sua origem⁴⁶.

Essa perspectiva apresenta como inversa a lógica que historicamente marcou o Poder Judiciário nas ações possessórias, pois, normalmente, o Judiciário concede liminares possessórias sem a realização de audiências de mediação e inspeções judiciais⁴⁷. Da mesma forma, nas ações possessórias, o Poder Judiciário apenas se preocupa em analisar os títulos de domínio, não apreciando o cumprimento da função social e os problemas de fundo dos conflitos fundiários⁴⁸.

No entanto, como apontam Quintans, Vieira e Tavares, “nos conflitos fundiários exige-se que sejam levados em conta os problemas estruturais relativos à posse da terra, à concentração fundiária, ao déficit habitacional, entre outros”⁴⁹. As autoras apontam a importância das audiências de conciliação e mediação, com a presença dos órgãos responsáveis pelas políticas fundiárias, como relevantes espaços para tratar esses problemas estruturais⁵⁰.

Essas audiências podem se constituir como espaços de articulação dos órgãos públicos responsáveis pelas políticas públicas de acesso à terra e moradia para sanar as ações e omissões violadoras do direito à moradia adequada.

⁴⁶ NORONHA, Silvia Gomes; FICHER, Luly Rodrigues da Cunha, GÓES, Gisele Santos Fernandes. O direito à moradia adequada e a ADPF 828-DF: uma análise a partir do processo estrutural. p. 541.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de processo civil.

⁴⁹ QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Campo jurídico, ADPF 828 e direito à moradia. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 3, n. 1, p. 316, 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a141>. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/141>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁵⁰ QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Campo jurídico, ADPF 828 e direito à moradia. p. 283-322.

A quarta tutela provisória incidental na ADPF 828 aponta nessa direção. Em 26 de junho de 2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou essa decisão por meio da Resolução 510/2023, que estabeleceu diretrizes para a criação e atuação das Comissões de Soluções Fundiárias:

Regulamenta a criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais, respectivamente, da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias e das Comissões Regionais de Soluções Fundiárias, institui diretrizes para a realização de visitas técnicas nas áreas objeto de litígio possessório e estabelece protocolos para o tratamento das ações que envolvam despejos ou reintegrações de posse em imóveis de moradia coletiva ou de área produtiva de populações vulneráveis.⁵¹

Todos os seis Tribunais Regionais Federais criaram as referidas Comissões de Soluções Fundiárias determinadas na decisão do STF e regulamentadas pela Resolução 510/2023 do CNJ. A maioria dos Tribunais de Justiça também já criou as referidas comissões, entretanto alguns não as adequaram às diretrizes da Resolução 510/2023 do CNJ, tampouco iniciaram os trabalhos. No entanto, vários Tribunais iniciaram os trabalhos, realizando audiências de conciliação e mediação de conflitos fundiários.

Igreja e Rampin consideram que as audiências judiciais, para serem espaços que ampliem o acesso à justiça, devem, de fato, promover a escuta e o diálogo entre os diferentes atores. Isso tradicionalmente não ocorria, em razão da inflexibilidade da lei e da perspectiva dos intérpretes judiciais, o que “impede que a realização da justiça saia do acordo, da negociação e da possível garantia de direitos de todos os envolvidos”. A conciliação deve resultar “em um amplo reconhecimento de direitos, que se transformam nesse espaço incorporando efetivamente as demandas e situações sociais que são colocadas e que têm repercussões mais amplas na comunidade como um todo”⁵².

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 510, de 26 de junho de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁵² IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 1, n. 2, p. 213, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/%20suprema/article/view/68/38>. Acesso em: 18 abr. 2023.

4. Conclusão

Não se tem a pretensão de esgotar neste breve texto a análise dos desafios que o tema dos processos estruturais e do sistema de justiça impõe, bem como dos limites e das possibilidades instaurados a partir da ADPF 828 como processo estrutural.

Para uma análise aprofundada do nosso campo jurídico, conforme nos lembra Bourdieu (1989), é preciso entender que esse campo se constituiu, em sua formação, em uma oposição entre política x direito, na qual a força do direito reside no seu enquadramento do que seja uma solução estritamente jurídica. Essa formulação reduz o debate necessário que camadas sociais, marcadamente vulneráveis, realizam sobre o direito e o papel do Judiciário na solução de conflitos, na medida em que estão em causa temas vinculados aos direitos humanos fundamentais, como moradia e terra.

Os processos estruturais instauram uma série de embates, pondo na centralidade grupos sociais que vivenciam, há muito, um *estado de coisa inconstitucional*, barreira que se coloca para uma atuação na arena judicial. Nesse sentido, os processos estruturais possibilitam, diante do tema travado, conquistas simbólicas, ainda que não materiais. No entanto, não se pode ignorar que as conquistas simbólicas atuam no fortalecimento do debate sobre os direitos humanos fundamentais.

Um importante efeito simbólico da ADPF 828 foi pautar, para a sociedade brasileira, o tema das remoções forçadas como forte violação ao direito fundamental à moradia adequada. Com isso, provoca dentro do sistema de justiça novas formas de decisão que não se baseiem no binômio sujeito de direito autor x sujeito de direito réu em condições de igualdade, uma vez que esse binômio invisibiliza as contradições e vulnerabilidades vinculadas a demandas como terra e moradia.

Sob esse aspecto, as decisões na ADPF 828 apontam para a perspectiva de construção de um novo modelo procedimental para demandas que tenham o direito à moradia e à terra em disputa. De fato, a Resolução 510/2023 do CNJ, ao estabelecer a criação de Comissões de Soluções Fundiárias, inaugura um novo patamar de atuação judicial nos conflitos fundiários, abrindo possibilidades de modificação do *habitus* do campo jurídico.

No caso dos conflitos fundiários, exige-se que sejam levados em conta os problemas estruturais relativos à posse da terra, à concentração fundiária e ao déficit habitacional. Compreender as questões de fundo dos processos judiciais exige, por exemplo, que os conflitos possessórios coletivos sejam resolvidos com a participação dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de acesso à terra e à moradia.

Além disso, se constitui como fundamental a participação ativa dos movimentos sociais, que denunciam a violência estrutural e que têm pautado junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a necessidade da efetivação dos direitos à terra e à moradia adequada.

Não há, no momento em que concluímos este artigo, decisão definitiva na ADPF 828. Os movimentos sociais apresentam o esperar de que o STF venha a sedimentar um procedimento de fato inovador e, por que não dizer, mais democrático para a questão da terra e da moradia no Brasil.

Referências

ACYPRESTE, Rafael de. **Ações de reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto**: dicotomia entre propriedade e direito à moradia. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.realp.unb.br/jspui/handle/10482/20264>. Acesso em: 12 jun. 2024.

ALVES, Rafael Assis; CARVALHO, Laura Bastos; RIOS, Marcos Camilo da Silva Souza. Fique em casa?: remoções forçadas e Covid-19. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2147-2173, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/gnfVpdR3kqJpL9NLMynpRzp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 abr. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>. Acesso em: 1 jan. 2024.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil. Brasília: CNJ, 2021. (Série Justiça e Pesquisa). Relatório final de pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CAFRUNE, Marcelo; SILVA, Marcela Simões; MELO, Thamara Madeiro. O direito à moradia entre a relativização e a invisibilidade: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas reclamações constitucionais relacionadas à ADPF nº 828. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico**: RBDU, v. 8, n. 14, p. 39-66, jan./jul. 2022.

CAMPANHA Nacional pelo Despejo Zero. **Despejo zero em defesa da vida no campo e na cidade**, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejzero.org/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CASIMIRO, Matheus; LIMA, George Marmelstein. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? **Direito Público**, v. 19, n. 102, p. 412-440, abr./jun. 2022. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i102.6142>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6142>. Acesso em: 1 mar. 2024.

CORTES, Sara da Nova Quadros. **Análise do discurso judicial nos conflitos por terra referentes às desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias**: in dubio pro “proprietário”? 2017. 461 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: https://ppgcs.ufba.br/sites/ppgcs.ufba.br/files/sara_da_nova_quadros_cortes.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

DESPEJOS e o sistema de justiça: violações de direitos humanos no tratamento de conflitos fundiários: análise do uso da Resolução nº 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2022. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Publicacao-Resolucao-10-CNDH.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

FRAZONI, Júlia Ávila; LABÁ DIREITO, ESPAÇO & POLÍTICA (org.). **Gramática jurídica da campanha despejo zero**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, 2022. Disponível em: <https://www.terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/37/gramatica-juridica-da-campanha-despejo-zero/23802>.

Acesso em: 11 jun. 2024.

FREITAS, Cleuton César Ripol de. **Uma abordagem da questão agrária brasileira e o papel do poder judiciário frente às ocupações de terra**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2005.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da cidadania e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 1, n. 2, p. 191-220, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/%20suprema/article/view/68/38>. Acesso em: 18 abr. 2023.

INGELZ, Vitor *et al.* Remoções em 2023: inércia do poder público marca 'regime de transição', em SP, com quase metade dos conflitos não solucionados. **Labcidade**, 22 dez. 2023. Disponível em: <https://www.labcidade.fau.usp.br/remocoes-em-2023-inercia-do-poder-publico-marca-regime-de-transicao-em-sp-com-quase-metade-dos-conflitos-nao-solucionados/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

LACERDA, Larissa; GUERREIRO, Isadora; SANTORO, Paula Freire. Por que o déficit habitacional brasileiro é feminino. **Labcidade**, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.labcidade.fau.usp.br/por-que-o-deficit-habitacional-brasileiro-e-feminino/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MAPEAMENTO nacional de conflitos pela terra e moradia. **Despejo zero**, c2020. Disponível em: <https://mapa.despejozero.org.br/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017.

MUNIZ, Bianca. Censo 2022: Brasil tem 11 milhões de casas e apartamentos vagos: número de casas vazias é o dobro do déficit habitacional no Brasil. **Pública**, São Paulo, 29 jun. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/06/censo-2022-brasil-tem-11-milhoes-de-casas-e-apartamentos-vagos/>. Acesso em: 27 fev. 2024.

NORONHA, Silvia Gomes; FICHER, Luly Rodrigues da Cunha; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O direito à moradia adequada e a ADPF 828-DF: uma análise a partir do processo estrutural. **Revista Eletrônica de Direito Processual**: REDP, v. 24, n. 3, p. 525-545, set./dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2023.79583>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79583>. Acesso em: 12 jun. 2024.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. **A magistratura fluminense**: seu olhar sobre as ocupações do MST. 2005. 214 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp077273.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana; TAVARES, Ana Claudia Diogo; VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Campo jurídico, ADPF 828 e direito à moradia. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 3, n. 1, p. 283-322, 2023. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a141>. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/141>. Acesso em: 12 jun. 2024.

RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo; CAFRUNE, Marcelo Eibs. Direito à moradia e pandemia: análise preliminar de decisões judiciais sobre remoções e despejos. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico**: RBDU, v. 6, n. 10, p. 111-128, jan./jun. 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/rbdu_ribeiro/48. Acesso em: 18 abr. 2023.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. **Revista Opinião Jurídica**, v. 19, n. 32, p. 148-183, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v19i32.p148-183.2021>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3749>. Acesso em: 24 fev. 2024.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743>. Acesso em: 24 fev. 2024.

TAVOLARI, Bianca; NISIDA, Vitor; ALVES, Saylon. **Nota técnica:** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 828: atualização 31/01/2022: período de dezembro de 2021 a janeiro de 2022. São Paulo: Insper, Núcleo de Questões Urbanas, [2022]. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2022/02/Atualizacao_Nota_Tecnica_Acao_de_Descumprimeto_Preceito_Fundamental_n_828.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

VIEIRA, Fernanda; TAVARES, Ana Claudia Diogo; QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. A Resolução 510/2023 do CNJ e a comissão regional de soluções fundiária do TRF2: novas possibilidades para os movimentos sociais de luta por terra e moradia? **Confluências:** revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 25, n. 3, p. 141-162, 2023. DOI: <https://doi.org/10.22409/conflu.v25i3.60078>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/60078>. Acesso em: 12 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 25 fev. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de julho de 2023. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359679044&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351553094&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de junho de 2021. p. 41-42. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346615468&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de outubro de 2022. p. 24-25. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354516286&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 2 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350451892&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Terceira Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 29 de junho de 2022. p. 13-14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352148165&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de dezembro de 2021. p. 23-24. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349030455&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 510, de 26 de junho de 2023**. Regulamenta a criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais, respectivamente, da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias e das Comissões Regionais de Soluções Fundiárias, institui diretrizes para a realização de visitas técnicas nas áreas objeto de litígio possessório e estabelece protocolos para o tratamento das ações que envolvam despejos ou reintegrações de posse em imóveis de moradia coletiva ou de área produtiva de populações vulneráveis. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.216, de 7 de outubro de 2021**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a323>

Data de submissão: 29/2/2024

Data de aprovação: 23/4/2024

Defensoria Pública e população em situação de rua: elementos empíricos para o efetivo acesso à justiça¹

Public Defender and homeless Population: empirical elements for effective access to justice

Defensoría Pública y la población en situación de calle: elementos empíricos para el acceso efectivo a la justicia

Luciana Marin Ribas²

Fundação Getulio Vargas (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9230-3896>
E-mail: luciana.ribas@fgv.br

Wilherson Carlos Luiz³

Fundação Getulio Vargas (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7885-3211>
E-mail: wilhersonluiz@gmail.com

Resumo

A análise visa identificar o papel desempenhado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no acesso à justiça pelas pessoas em situação de rua. Apresenta a experiência prática do atendimento jurídico implementado pela instituição ao longo dos anos, apontando as principais questões e problemas identificados e a importância da experiência concreta na identificação de mecanismos efetivos de acesso à justiça. A seguir, a partir da identificação empírica de uma prática violadora de direitos das pessoas em situação de rua, analisamos as possibilidades do litígio estratégico

¹RIBAS, Luciana Marin; LUIZ, Wilherson Carlos. Defensoria Pública e população em situação de rua: elementos empíricos para o efetivo acesso à justiça. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 555-591, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a323>.

²Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP. Integrante do Fórum da Cidade de São Paulo em Defesa da População em Situação de Rua, uma das entidades que representa a sociedade civil no CIAMP-Rua no biênio 2023-2025. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5215145266262658>.

³Graduado em Ciências Sociais e Direito pela Universidade de São Paulo. Sociólogo na Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas por meio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4177646172376629>.

e os limites de atuação institucional na elaboração e fiscalização da execução de políticas públicas. A pesquisa foi realizada a partir da observação da atuação concreta da instituição e de estudo de caso veiculados em ações judiciais sobre a temática. Concluímos demonstrando as dificuldades da instituição em promover o direito básico de acesso à justiça em contexto social de extrema desigualdade e marginalização social.

Palavras-chave

Defensoria Pública; acesso à justiça; litígio estratégico; população em situação de rua.

Sumário

1. Introdução. 2. População em situação de rua: cenário nacional e na cidade de São Paulo. 3. Dinâmica sociopolítica da exclusão social. 4. O atendimento da Defensoria Pública à população em situação de rua – o direito de acesso à justiça. 5. Litígio estratégico e a atuação da Defensoria Pública de São Paulo – a questão da zeladoria e limpeza urbana na cidade de São Paulo. 6. Conclusão.

Abstract

The analysis aims to identify the role played by the Public Defender's Office of the State of São Paulo in providing access to justice for individuals experiencing homelessness. We will present the practical experience of legal assistance provided by the institution over the years, highlighting the main issues and problems identified, as well as the importance of this practical experience in identifying effective mechanisms for accessing justice. Subsequently, based on the empirical identification of rights violations against individuals experiencing homelessness, we analyze the possibilities and limits of strategic litigation and institutional action in the development and oversight of public policies. The research was conducted through observation of the institution's concrete actions and study of cases involved in judicial proceedings related to the subject. We conclude by demonstrating the institution's challenges in promoting the basic right of access to justice in a context of extreme social inequality and marginalization.

Keywords

Public Defender's Office; access to justice; strategic litigation; homeless people.

Contents

1. Introduction. 2. Homeless population: national scenario and in the city of São Paulo. 3. Socio-political dynamics of social exclusion. 4. Public Defender's assistance

for the homeless population – the right of access to Justice. 5. Strategic litigation and the role of the Public Defender’s Office of São Paulo – the issue of urban maintenance and cleanliness in the city of São Paulo. 6. Conclusion.

Resumen

El análisis tiene como objetivo identificar el papel desempeñado por la Defensoría Pública del Estado de São Paulo en el acceso a la justicia destinado a las personas en situación de calle. Se presentará la experiencia práctica de la asistencia legal implementada por la institución a lo largo de los años, señalando los principales problemas identificados y la importancia de la experiencia concreta en la identificación de mecanismos efectivos de acceso a la justicia. A continuación, a partir de la identificación empírica de una práctica que viola los derechos de las personas en situación de calle, analizamos las posibilidades y limitaciones del litigio estratégico y la actuación institucional en la elaboración y supervisión de la ejecución de políticas públicas. La investigación se llevó a cabo mediante la observación de la actuación concreta de la institución y el estudio de casos presentados en acciones judiciales sobre el tema. Concluimos demostrando las dificultades de la institución para promover el derecho básico de acceso a la justicia en un contexto social de extrema desigualdad y marginación social.

Palabras clave

Defensoría Pública; acceso a la justicia; litigio estratégico; población en situación de calle.

Índice

1. Introducción. 2. Población en situación de calle: escenario nacional y en la ciudad de São Paulo. 3. Dinámica socio-política de la exclusión social. 4. La atención de la Defensoría Pública a la población en situación de calle – el derecho de acceso a la Justicia. 5. Litigio estratégico y el papel de la Defensoría Pública de São Paulo – la cuestión de la administración y limpieza urbana en la ciudad de São Paulo. 6. Conclusión.

1. Introdução

Na sociedade urbana contemporânea, uma pessoa em situação de rua⁴ representa um dos mais altos graus de vulnerabilidade e violação de direitos impostos a um cidadão. A sonegação de direitos básicos de cidadania impõe a essas pessoas uma realidade de discriminações, estigmas, humilhações, violências, privações e miséria que não alcança nenhuma outra pessoa no atual estágio de desenvolvimento de nossa democracia.

O traço característico das pessoas que se encontram em situação de rua é o histórico de rompimentos de vínculos pessoais e sociais. O rompimento de vínculos afetivos e familiares, a perda de emprego, renda e moradia, os problemas de saúde, como o uso problemático de álcool e outras drogas, e tantos outros percalços pessoais são fatores que se somam às precariedades das políticas públicas de seguridade e proteção social e lançam as pessoas à vida nas ruas. Independentemente dos percursos que levam a essa trajetória biográfica de perdas e privações, em grande medida a situação de rua potencializa os processos de despersonalização e perda da identidade, rebaixando o *status* de cidadão das pessoas que se encontram sujeitas às vicissitudes da vida nas ruas. Viver na rua expõe as pessoas a graves violações de direitos básicos e aumenta os riscos, resultando de violações prévias e potencializando novas.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal assegura uma ampla gama de direitos fundamentais sociais (arts. 6º, 196, 203, 205, 225 entre outros da Constituição Federal de 1988). Constituem-se como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III, CF 1988). São ainda objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos III e IV, CF 1988). Reforçando esses fundamentos e objetivos da República, o ordenamento jurídico brasileiro se mantém

⁴O Decreto Federal nº 7.053/2009, de 23 de dezembro de 2009, que estabelece a Política Nacional para a População em Situação de Rua, define população em situação de rua (nos termos do parágrafo único do art. 1º), como: “Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória”. BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

aberto⁵ a recepcionar os direitos e garantias assegurados pelo regime jurídico dos direitos humanos internacionais (art. 5º, §§ 2º e 3º, CF 1988).

A despeito do respaldo constitucional e da adesão do Brasil aos principais tratados internacionais de proteção e promoção aos direitos econômicos, sociais e culturais⁶, observa-se que expressiva parcela da população brasileira se encontra alijada do efetivo gozo dos direitos assegurados nacional e internacionalmente. Especificamente às pessoas em situação de rua, grupo social em condição de extrema vulnerabilidade social, a violação de direitos que asseguram uma vida digna é quase absoluta.

O fenômeno da situação de rua é um dado da realidade de qualquer cidade brasileira e uma questão social que demonstra vigorosamente como os direitos proclamados nos livros, quando incidem na renitente desigualdade social brasileira, muito pouca ou nenhuma alteração concreta conseguem produzir.

Mesmo sendo um fenômeno de extrema complexidade que demanda abordagens intersetoriais e interdisciplinares e exige respostas plurais e articuladas, observa-se que os poderes públicos responsáveis por implementar as estratégias e políticas públicas de enfrentamento ao fenômeno pouco realizam para enfrentar a questão⁷. Na dinâmica urbana, a especulação imobiliária e a elevação do custo da

⁵Característica da abertura típica do regime jurídico das normas de direitos humanos, o alargamento do rol dos direitos humanos reflete sua não tipicidade, uma herança do jusnaturalismo. Isso significa que os direitos são protegidos pelo seu conteúdo, não pela inclusão em um documento constitucional ou internacional. Esse conteúdo visa proteger a dignidade da pessoa humana, demonstrando uma cláusula aberta ou princípio de não tipicidade dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988 também faz referência a outros direitos fundamentais não constitucionalizados, evidenciando a aceitação da fundamentalidade material além da formal, que é resultado da positividade. (RAMOS, André de C. Curso de direitos humanos. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626409. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626409/>. Acesso em: 06 jun. 2024).

⁶Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ratificado em 24/01/1992, promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992 (BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 6 jun. 2024), e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador de 1988), ratificado em 7/11/1988, promulgado pelo Decreto 3.321, de 30/12/1999 (BRASIL. **Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 20 fev. 2023).

⁷No âmbito judicial, em 8 de outubro de 2021 o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 425, que institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades. Além de diretrizes e princípios para a implementação da política pública pelos órgãos jurisdicionais, a normativa determina medidas administrativas para enfrentar a exclusão jurídica das pessoas em situação de rua e medidas para assegurar o acesso à justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 425, de 08 de outubro de 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4169>. Acesso em: 20 jan. 2023).

moradia conduzem cada dia mais e mais trabalhadoras/es pobres à situação de rua. É a inépcia do poder público em assegurar direitos sociais, como o direito à moradia, que concorre para o crescimento exponencial de pessoas em situação de rua.

Ante esse cenário, em maio de 2022 foi proposta pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Movimento dos Trabalhadores sem Teto (MTST) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 976. No pedido central, foi requerida ao STF a determinação aos três níveis de governo (federal, estadual e municipal) e aos demais Poderes de adoção de providências para atender as necessidades elementares da população que sobrevive de forma desumana nas ruas. Segundo os autores da ação, essas omissões estruturais descumprem o disposto no Decreto nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Na inicial, foram formulados 29 pedidos de concessão de medida cautelar, para impor ao Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal medidas para preservação da saúde e da vida das pessoas em situação de rua, e 6 pedidos específicos sobre zeladoria urbana e serviço de limpeza, que subtraem sumariamente pertences das pessoas que vivem nas ruas. No mérito, requereu-se a declaração do estado de coisas inconstitucional da conjuntura das pessoas em situação de rua para determinar a adoção de providências de índole legislativa, orçamentária e administrativa.

Em liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes em 25 de julho de 2023 e referendada pelo Plenário em 22 de agosto de 2023, o STF ordenou que estados, DF e municípios sigam imediatamente as diretrizes do Decreto nº 7.053/2009 para a população de rua. O relator deu 120 dias para o governo federal elaborar um plano de ação para implementar a política, considerando diferentes grupos familiares. Estados e municípios devem garantir segurança e apoio aos animais das pessoas em abrigos, proibindo recolhimento forçado de pertences, remoção compulsória e uso de arquitetura hostil.

A decisão do STF referente à ADPF 976 é emblemática, pois reconhece as diretrizes estabelecidas há quase 13 anos pelo Decreto Federal nº 7.053/2009, no sentido de estabelecer que a questão da rua é intersetorial e deve ser tratada para além da política da assistência social. Além disso, reconhece a inércia dos três níveis de governo, considerada a baixa adesão formal dos entes federativos à política nacional estabelecida no decreto (apenas 5 estados e 15 municípios). Isso se dá em razão da invisibilidade do tema e ausência dos dados oficiais para desenvolvimento de políticas públicas – já que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não contabiliza as pessoas em situação de rua nos censos nacionais, e os únicos

dados atuais se referem a levantamentos feitos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a partir das informações contidas no Cadastro Único (CadÚnico).

A princípio, o acesso à justiça concebido tradicionalmente como “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁸, pouco ou muito pouco, poderia influir nesse quadro de coisas, pois o acesso efetivo só se realiza e faz sentido quando os titulares dispõem de meios para reivindicá-los, e a ausência de políticas públicas eficientes, para respaldar as demandas concretas, transforma esse direito em uma postulação fadada à frustração.

A partir dessa breve exposição do tema abordado, o artigo discute o acesso à justiça das pessoas em situação de rua realizado pela Defensoria Pública de São Paulo. Ao contextualizar o universo de pessoas em situação de rua com dados secundários de pesquisas quantitativas e censitárias, propõe-se abordar discussão teórica do conceito de acesso à justiça, através de uma perspectiva empírica de atuação institucional, mobilizando o litígio estratégico, para elaboração e monitoramento de uma política pública, e apontando os desafios, limites e obstáculos à atuação da Defensoria Pública para assegurar o acesso à justiça que efetive os direitos de cidadania e consolidação democrática.

2. População em situação de rua: cenário nacional e na cidade de São Paulo

No cenário nacional, de acordo com levantamento realizado pelo IPEA, estima-se que existam 281.472 mil pessoas em situação de rua. Entre os anos de 2019 e 2022, esse perfil populacional cresceu 38%. Em dez anos, entre 2012 e 2022, o crescimento desse público foi de 211%. Comparativamente ao perfil geral da população brasileira, em dez anos, entre os anos de 2012 e 2022, o crescimento vegetativo foi de 11%⁹.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 11.

⁹ NATALINO, Marco. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022)**. Brasília: IPEA, 2022. Publicação preliminar. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/1/NT_Estimativa_da_Populacao_Publicacao_Preliminar.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

Especificamente na cidade de São Paulo¹⁰, o último Censo da População em Situação de Rua, realizado em 2021¹¹, identificou 31.884 nessa condição. Desse universo, 19.209 pessoas (60,2%) se encontram em logradouros; e 12.675 pessoas (39,8%), nos centros de acolhida. As informações demográficas dessa população revelam que 83,4% são do sexo masculino e 16,6% do sexo feminino. No critério de raça/cor/etnia, entre as respostas válidas, a maior incidência foi de pessoas declaradas pardas com 47,1%, seguida por pessoas declaradas brancas, com 25,8%, e pretas com 23,7%. As pessoas que se declararam de etnia/cor amarela representaram 0,8%, indígenas também 0,8%, e 1,7% não soube ou não quis responder à questão. A soma de pretos e pardos equivale a 70,8% da população em situação de rua na cidade. Quanto à faixa etária, o maior percentual de pessoas em situação de rua encontra-se entre 31 e 49 anos, representando 49,4% das pessoas em situação de rua na cidade. O segundo maior quantitativo compreende os indivíduos na faixa entre 18 e 30 anos, com 18,5%; e o terceiro maior quantitativo, a faixa entre 50 e 59 anos, com 17% das pessoas em situação de rua. Os idosos representam 12,0% das pessoas em situação de rua na cidade.

Uma informação relevante, que interessa diretamente à análise proposta neste artigo, refere-se à presença em logradouros públicos de moradias improvisadas, como barracas de *camping*, barracos, *malocas*, entre outros arranjos precários de proteção contra as intempéries, identificadas em 54,5% dos pontos de concentração onde foram realizadas as abordagens pelas equipes de pesquisa. No total foram encontrados 6.778 pontos de moradias improvisadas, com uma média de 2 pessoas por barraca/moradia improvisada, número 330% maior do que os identificados em 2019. Em 0,5% dos pontos havia presença de crianças ou adolescentes desacompanhados de adultos, e, em 2,1% dos pontos, havia presença de crianças ou adolescentes acompanhados de adultos.

É sobre esse contexto social de crescimento exponencial de pessoas e famílias em situação de rua, agravado nos últimos anos pela crise sanitária e humanitária da pandemia de Covid-19, que a atuação da Defensoria Pública, como instituição eleita pela Constituição Federal para inclusão jurídica dos necessitados, expõe os limites e as possibilidades do acesso à justiça em contextos sociais de extrema desigualdade

¹⁰ O recorte para a cidade de São Paulo se justifica pelo fato de ser a cidade com a maior concentração de pessoas em situação de rua no cenário brasileiro.

¹¹ SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **População em situação de rua São Paulo: censo 2021**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWE4MTE5MGItZjRmMi00ZTcyLTgxOTMtMjc3MDAwMDM0NGI1IiwidCI6ImE0ZTA2MDVjLWUzOTUtNDZiYS1iMmE4LThlNjE1NGM5MGUwNyJ9>. Acesso em: 20 jan. 2023.

social. Essa demanda aumentou drasticamente ao longo dos últimos anos, pois, como demonstrado na pesquisa do IPEA, as taxas de crescimento demográfico das pessoas em situação de rua são mais elevadas do que a variação do crescimento populacional geral, conforme também elucidam os dados do último censo da população em situação de rua da cidade de São Paulo.

3. Dinâmica sociopolítica da exclusão social

No livro *Genealogies of citizenship knowledge, markets, and the right to have right*¹², Margaret Somers explicita como os mecanismos da economia de mercado ditada pela lógica expansionista neoliberal comprometem o contrato social democrático que efetivamente assegure a liberdade humana e a inclusão social cidadã sem distinções odiosas.

Segundo a autora, a liberdade humana depende de um arranjo institucional em que a sociedade civil, as instituições de mercado e o Estado devem operar de maneira a potencializar os benefícios que propõem. Nesse arranjo, a potência da sociedade civil depende da sua capacidade de controlar os mecanismos de exploração das pessoas pelo funcionamento da economia de mercado, controle que só pode ser conseguido mediante políticas públicas. Para isso, é decisiva a ação do Estado em estabelecer a regulação do mercado para assegurar a todas as pessoas o acesso ao trabalho, aos mecanismos de previdência, ao seguro social e à redistribuição de renda. No estabelecimento dos direitos de cidadania, é imprescindível que nenhum dos participantes do pacto social se encontre em alguma condição de vulnerabilidade em que possa ser colhido pela “tirania da miséria”. A cidadania depende do equilíbrio de poder entre a sociedade civil, o mercado e o Estado, mediado pela esfera pública, onde a pressão democrática sobre o Estado é exercida. A sustentação do direito de ter direitos ocorre somente através de inclusões sociais na sociedade civil¹³.

Analisando a história das vítimas abandonadas após o desastre do furacão Katrina, Margaret Somers oferece uma base de avaliação que critica a lógica de funcionamento do sistema capitalista e seu direito, jogando luz sobre as fissuras do reconhecimento de direitos humanos no âmbito do exercício dos direitos de cidadania. O agravamento dramático dos impactos diretos do furacão Katrina sobre a

¹²SOMERS, Margaret R. *Genealogies of citizenship: markets, statelessness, and the right to have rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹³SOMERS, Margaret R. *Genealogies of citizenship: markets, statelessness, and the right to have rights*. p. 3.

população pobre e marginalizada aponta que são os mecanismos de contratualização da cidadania pela lógica capitalista de mercado, operantes sobre aquela população, que agravaram e aprofundaram as consequências nefastas do desastre ambiental. O direito neoliberal, do cidadão consumidor, transforma a cidadania em moeda de troca, e é a imposição das exigências dos mecanismos de mercado acima dos direitos e liberdades fundamentais que, em momentos de crises ambientais ou sociais, agrava ainda mais os impactos negativos na existência dos cidadãos excluídos desse circuito mercantil, ampliando o fosso da desigualdade e marginalização.

No desastre do furacão Katrina, os cidadãos pobres e marginalizados, principalmente da comunidade negra de New Orleans, foram temporariamente transformados em refugiados dentro de sua própria cidade. Na cidade de São Paulo, Padre Júlio Lancellotti, vigário episcopal para o povo da rua e militante histórico em prol da causa, em discursos e manifestações públicas designa as pessoas em situação de rua como refugiados urbanos. Não é de conhecimento público que o padre tenha se apropriado das análises empreendidas por Margaret Somers, mas a designação apontada pelo religioso traz subjacente os mesmos mecanismos da inclusão social via lógica de mercado, que limitam o acesso aos direitos de cidadania e o pleno funcionamento da democracia.

Os limites da cidadania urbana brasileira, ditados pela dinâmica da desigualdade e exclusão social, impõem à Defensoria Pública condições extremamente limitadas de proporcionar aos excluídos o acesso à justiça balizado por uma ordem jurídica justa. Na análise empreendida sobre a efetividade da lei na América Latina¹⁴, Guillermo O'Donnell sustenta que a democracia, enquanto um conjunto de direitos legais formais e universais, não resiste ao teste da realidade quando os cidadãos estão submetidos a condições de extrema desigualdade e pobreza, de forma que os regimes democráticos só são sustentáveis quando a pobreza não se constitui em óbice para o exercício dos direitos previstos formalmente.

O paradigma *rule of law* pode ser compreendido como um conjunto de políticas públicas, práticas oficiais, organizações burocráticas e técnico-administrativas estatais que asseguram e favorecem o desenvolvimento de ações em que a previsibilidade, impessoalidade, imparcialidade e observância da ordem normativa alcançam a todos e todas indistintamente. Ainda que tenha por origem a promoção

¹⁴ O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Tradução: Otacílio Nunes. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 2, n. 51, p. 37-61, jul. 1998. Disponível em: https://novosestudos.com.br/wp-content/uploads/2017/05/14_poliarquias_e_a_inefetividade.pdf.zip. Acesso em: 3 jun. 2024.

de crescimento e desenvolvimento econômico¹⁵, compreendemos que sua concepção lógica e racionalidade de funcionamento podem ser observadas e esperadas na atuação das instituições estatais de diversos âmbitos, até mesmo sob a perspectiva da execução concreta de políticas públicas específicas de alcance municipal, como as destinadas à ordenação e manutenção do espaço público urbano.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 976, o Supremo Tribunal Federal reconhece a invisibilidade da população de rua nos censos oficiais e o aumento de 140% dessa população nos últimos 12 anos, segundo os poucos dados referentes ao CadÚnico. Aponta a falta de acesso à água e saneamento básico, reconhecendo que a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico não está consolidada. Ressalta a importância do reconhecimento do acúmulo de vulnerabilidades para mulheres, população LGBTQIAP+, negros e crianças. Nesse sentido, a decisão aponta a total ausência de qualquer dimensão do paradigma *rule of law* sobre tão complexa realidade e determina a necessidade de atacar essa complexidade sob três perspectivas: evitar a entrada nas ruas; garantir direitos enquanto o indivíduo está em situação de rua; e promover condições para a saída das ruas.

Além da contextualização fática sobre as condições de vida da população em situação de rua, a decisão do Supremo Tribunal Federal ainda destacou as características que conformam concretamente a medida de exclusão a que se submetem as pessoas em situação de rua, como:

(xv) a aporofobia, conceito desenvolvido por Adela Cortina¹⁶, que destaca o tratamento hostil à população considerada indesejável, refletindo um dos maiores problemas do projeto político-social das democracias modernas (o trabalho do Padre Júlio Lancellotti evidencia a aporofobia direcionada às pessoas em situação de rua no Brasil, denunciando a arquitetura hostil adotada nas cidades, inclusive. A Lei Padre Júlio Lancellotti – Lei nº 14.489/2022, que alterou o Estatuto da Cidade – proíbe o uso de técnicas construtivas hostis

¹⁵ TRUBEK, David M. The “rule of law” in development assistance: past, present, and future. *In*: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The new law and development: a critical appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 74-94; SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24216>. Acesso em: 2 nov. 2023.

¹⁶ CORTINA ORTS, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

que visem afastar pessoas em situação de rua e outros grupos vulneráveis do direito à cidade);

(xvi) o direito à identidade, que não se limita ao registro, mas engloba o reconhecimento como membro da sociedade, incluído o direito de ser ouvido e ter suas demandas consideradas pelo Estado (é essencial que o Estado busque soluções para proteger os direitos da população de rua em conformidade com suas próprias reivindicações – o lema “nada por nós, sem nós” destaca a necessidade de incluir as pessoas em situação de rua nas discussões sobre seus direitos, reconhecendo que fazem parte tanto do problema quanto da solução);

(xvii) os direitos sociais à educação e ao trabalho para a população de rua são cruciais, devendo ser integrados a uma rede que envolva os serviços de assistência social, como exemplificado pelo programa “Pronatec PopRua” em São Paulo (esta iniciativa busca a inclusão socioeconômica da população de rua através da colaboração entre diversas entidades governamentais, movimentos sociais e setor empresarial, visando melhorar sua qualidade de vida e inserção no mercado de trabalho); e

(xviii) o acesso aos espaços de acolhimento por encaminhamento ou demanda espontânea varia de acordo com as políticas municipais e estaduais. Há relatos de falhas na oferta desses serviços em diferentes regiões do país, com destaque para a necessidade de constante atuação governamental para melhorar esses espaços. Os serviços de acolhimento seguem uma lógica “etapista”, gradualmente levando à moradia permanente, mas sua eficácia é contestada diante do aumento da população de rua no Brasil. O modelo “moradia primeiro” é reconhecido como importante e foi adotado em cidades como Curitiba e Porto Alegre. Países com melhores resultados na redução da população de rua o implementaram.

O fenômeno da situação de rua explicita dramaticamente os limites da vigência do paradigma *rule of law*. Tradicionalmente, a análise da vigência do paradigma *rule of law* envolve a consideração de macroestruturas nacionais e alterações empreendidas em instituições abrangentes e avaliadas durante um período de tempo suficientemente amplo para percepção de mudanças. Além dos limites desse paradigma, como demonstrado na discussão da ADPF 976, a análise proposta neste artigo recai sobre as balizas legais para assegurar previsibilidade, transparência, imparcialidade da lei e segurança jurídica às pessoas mais pobres e invisibilizados perante o Estado de Direito, no momento da relação face a face, em que a burocracia estatal executa atividades administrativas básicas, como os procedimentos de zeladoria e limpeza urbana. Concretamente, refere-se ao tratamento dispensado por

agentes públicos municipais às pessoas em situação de rua durante as intervenções de limpeza e zeladoria urbana na cidade de São Paulo.

Analisando o funcionamento institucional do sistema judicial para o processamento dos casos de letalidade policial em *Informal Institutions and the Rule of Law: The Judicial Response to State Killings in Buenos Aires and São Paulo in the 1990s*¹⁷, Daniel Brinks argumenta que reformas institucionais não alcançam o funcionamento das regras informais que operam no agenciamento prático dos saberes cotidianos ao funcionamento dessas instituições. As instituições manifestam-se como estruturas normativas, regras e padrões regulares de interação, formal ou informalmente incorporados, que são regularmente praticados e aceitos¹⁸. São as instituições informais, que não se confundem com regularidades comportamentais empiricamente verificáveis, que resistem às inovações institucionais que pretendem realizar o paradigma *rule of law*. Segundo Brinks, o comportamento dos agentes públicos responde a uma instituição informal se atender a uma condição positiva e uma negativa. As instituições informais devem estar em conformidade com as regras primárias aplicadas pelos agentes de controle social, demonstrando normatividade e factualidade, independentemente de terem sido estabelecidas de acordo com os procedimentos das regras secundárias¹⁹.

As regras das instituições informais, a despeito de não serem criadas por mecanismos formalmente previstos, incorporam o sistema jurídico-administrativo como seu mecanismo de aplicação. E aqui o contexto fático da situação de rua e todo seu corolário de sonegação dos direitos de cidadania às pessoas que, nesse espaço, sobrevivem fazem com que haja um rebaixamento das regras de proteção aos seus direitos, que são sobrepostos por práticas e exigência de limpeza e zeladoria dos espaços públicos. No espaço de atuação e execução das ações de zeladoria e limpeza urbana, a lógica operacional informalmente estabelecida é a de ordenação do espaço público, livrando-se do lixo e dos indesejáveis, ainda que, para isso, práticas higienistas sejam implementadas. Na prática, aos olhos das pessoas que não se encontram à margem do pacto social, não há violação dos direitos das pessoas em situação de rua, porque esses direitos não devem sequer ser reconhecidos como dignos de proteção,

¹⁷ BRINKS, Daniel M. *Informal institutions and the rule of law: the judicial response to state killings in Buenos Aires and São Paulo in the 1990s*. *Comparative Politics*, v. 36, n. 1, Oct. 2003. Disponível em: <https://jcp.gc.cuny.edu/2003/10/01/volume-36-number-1-october-2003/>. Acesso em: 29 maio 2024.

¹⁸ O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?* *Novos Estudos CEBRAP*, v. 3, n. 31, out. 1991. Disponível em: <https://novosestudios.com.br/produto/edicao-31/#gsc.tab=0>. Acesso em: 29 maio 2024.

¹⁹ BRINKS, Daniel M. *Informal institutions and the rule of law: the judicial response to state killings in Buenos Aires and São Paulo in the 1990s*, p. 5.

de acordo com a lógica da sociedade mercantilizada, conforme descrito anteriormente por Margaret Somers ao analisar o caso do furacão Katrina. Na ordenação do espaço público é a execução de normas, regulamentos e disposições administrativas que faculta ao gestor público exercer suas prerrogativas, como o poder de polícia, por exemplo, plenamente reconhecido e desejado pelos incluídos no pacto da cidadania neoliberal.

O fenômeno da situação de rua propicia um exercício interessante para analisar a capacidade de incidência de mecanismos de *rule of law* em regular as relações sociais e, no caso em análise, as relações concretas entre agentes estatais e pessoas em situação de vulnerabilidade, sobretudo quando consideramos a persistência e estímulo à manutenção de práticas violadoras pelos agentes públicos primariamente responsáveis em coibir tais condutas e práticas. Em janeiro de 2023, em coletiva de imprensa na cerimônia de posse do novo subprefeito da Sé, o prefeito da cidade de São Paulo declarou que sua gestão não permitiria mais às pessoas em situação de rua montarem barracas de *camping* nos logradouros públicos da cidade. As ações de zeladoria seriam intensificadas para impedir tal prática nas ruas e praças da cidade. Em entrevista no mesmo evento em que então tomava posse, o subprefeito declarou que os esforços de sua gestão seriam para a remoção das barracas e malocas montadas nas ruas e praças, afirmando que a nova gestão pretendia utilizar munições químicas contra a população em situação de rua. “A ideia é trabalhar com inteligência para evitar que chegue ao ponto de ocupar o território. Vai chegar o momento em que vai precisar usar munição química? Vai”²⁰.

Na cidade de São Paulo, as ações de zeladoria urbana devem seguir o disposto no Decreto nº 59.246/2020 e na Portaria Intersecretarial nº 04/SMSUB/SMDHC/2020. Essa normativa estabelece as competências, atribuições e responsabilidades que cada secretaria municipal e agente público devem observar, para que consigam atender as necessidades das pessoas em situação de rua, e foi construída

²⁰ As declarações repercutiram na imprensa paulista, sendo objeto de diversas reportagens. Disponível em: FREITAS, Hyndara. Nunes defende remoção de barracas nas ruas: “as pessoas serão acolhidas”. Deputado Guilherme Boulos acionou Ministério Público contra a medida. *Veja São Paulo*, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/nunes-defende-remocao-de-barracas-nas-ruas-as-pessoas-serao-acolhidas>; PETROCILO, Carlos; DIAS, Paulo Eduardo. Prefeito sinaliza que poderá remover barracas de moradores de rua em São Paulo: Nunes disse que houve “exceção por conta da pandemia” e que não se pode permitir uso de abrigos “para fazer mendicância na rua”. *Folha de S. Paulo*, 7 fev. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/02/prefeito-sinaliza-que-podera-remover-barracas-de-moradores-de-rua-em-sp.shtml>; RESK, Felipe. Novo subprefeito da Sé: “Vai chegar o momento de usar munição química”: ex-secretário executivo da Polícia Militar, o coronel Alvaro Batista Camilo é o novo subprefeito da Sé, onde fica a Cracolândia. *Metrópoles*, 8 fev. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/novo-subprefeito-da-se-vai-chegar-o-momento-de-usar-municao-quimica>. Acesso em: 3 jun. 2024.

para delimitar os procedimentos e a maneira como os agentes públicos responsáveis pela zeladoria e limpeza urbana deveriam tratar a população em situação de rua. No tratamento dispensado a essas pessoas antes da edição dessas regras elementares, não se aplicava, de modo algum, o “princípio da lei” como definido por O’Donnell²¹, segundo o qual, para esse grupo social, se o Estado burocrático se materializa, o Estado legal jamais os contempla, expondo, de maneira dramática, como, na maior e mais rica cidade latino-americana, a extensão dos direitos civis a todas as pessoas é muito incompleta e fragmentada.

Os parâmetros normativos do decreto municipal foram elaborados após a intervenção da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), e sua execução prevê mecanismos de participação e controle das instituições destinadas à proteção e promoção de direitos e da sociedade civil organizada, ou seja, foi pensado um novo desenho institucional com novas capacidades organizacionais para enfrentar a questão da violação dos direitos das pessoas em situação de rua durante as ações de zeladoria. Porém, mesmo após o desenvolvimento desse instrumento aparentemente democrático de gestão pública, as violações ainda ocorrem reiteradamente, e nada, ou quase nada, se alterou na atuação e prática dos agentes públicos, como a análise das ações judiciais abaixo demonstra. Esse aspecto destaca a maneira como o contexto em que as reformas institucionais operam é tão importante quanto o desenho institucional de quem as aplica.

4. O atendimento da Defensoria Pública à população em situação de rua – o direito de acesso à justiça

A Defensoria Pública foi definida constitucionalmente como instituição permanente e essencial à Justiça, estabelecida como expressão e instrumento do regime democrático, devendo prestar assistência jurídica integral e gratuita, promover direitos humanos e tutelar, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, os direitos individuais e coletivos das pessoas necessitadas (art. 134, CF). A Defensoria Pública se apresenta como instituição central para retirar da exclusão jurídica as pessoas com sobreposição de vulnerabilidades, como as pessoas em situação de rua.

²¹ O’DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina.

Analisar o funcionamento de uma política pública de acesso à justiça nos permite identificar empiricamente os limites do modelo analítico construído por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra *Acesso à Justiça*²², conhecido como as “as ondas renovatórias de acesso à justiça”. Em linhas gerais, nesse estudo, a primeira onda se caracteriza pelo acesso dos mais pobres aos serviços jurídicos; a segunda, pelo desenvolvimento e expansão da tutela jurídica dos direitos difusos; e a terceira onda, pela utilização de formas alternativas de acesso à justiça. A experiência da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) no atendimento jurídico à população em situação de rua permite analisar criticamente o funcionamento efetivo, com suas possibilidades e limites, do modelo de acesso à justiça mais adequado ao contexto brasileiro e seus problemas concretos, para além das premissas teórico-políticas do *Projeto Florença*.

Os problemas relativos à violação de direitos da população em situação de rua apresentam uma análise bastante profícua sobre a questão do acesso à justiça, na medida em que, para as pessoas nessa condição, a expressão “acesso à justiça” efetivamente compreende os dois sentidos aos quais são sempre referidos: com o sentido de direito a ter direitos, e meios efetivos de reivindicá-los; e com o outro sentido enquanto condição de acesso ao Poder Judiciário para a resolução de litígios. É bastante comum, no relato das pessoas em situação de rua que experimentaram alguma forma de violência institucional, a versão de que deixaram de procurar algum tipo de reparação ou proteção aos seus direitos violados, pois não seriam capazes de comprovar suas alegações com provas e testemunhas, sobretudo, que não seriam capazes de confrontar judicial ou administrativamente a versão de servidores públicos, como agentes de segurança, já que a versão destes prevalece em quaisquer circunstâncias.

Se, no Brasil, a criação da Defensoria Pública exemplifica a institucionalização de mecanismos de defesa e promoção para acesso das camadas mais pobres da sociedade ao Judiciário, conforme delineado por Cappelletti e Garth como *primeira onda*²³, a organização do atendimento voltado exclusivamente para a população em situação de rua foi a política pública estabelecida pela DPESP para especificar e, ao mesmo tempo, demonstrar os limites concretos do acesso à justiça.

Foi a partir do contato com entidades e pessoas com histórico de trabalho com a população em situação de rua que o Núcleo Especializado de Cidadania e

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.

Direitos Humanos (NCDH) diagnosticou que poucas pessoas nessa condição se dirigiam aos polos de atendimento da DPESP, sobretudo em virtude da condição de especial vulnerabilidade e da dificuldade de sustentarem suas demandas perante órgãos públicos, de modo que era necessário organizar um fluxo de atendimento diferenciado para que as pessoas em situação de rua tivessem acesso facilitado aos atendimentos realizados pela instituição²⁴.

A burocracia dos trâmites formais de denúncia e apuração, assim como as exigências procedimentais dos órgãos oficiais, por vezes, apresentam-se como óbices que inviabilizam a proteção e promoção dos direitos desses cidadãos. Muitas vezes, os órgãos oficiais são incapazes de compreender o discurso e o local de onde fala a pessoa em situação de rua. A insensibilidade institucional dos órgãos públicos exige que a pessoa em situação de rua se adapte aos quadrantes de sua lógica operacional padrão, e não o contrário. Para uma pessoa que se encontra vulnerável e fragilizada socialmente, que nem sequer consegue dispor de requisitos mínimos para o exercício de sua cidadania (como comprovar seu endereço de domicílio e possuir documentos pessoais básicos), as exigências formais dos órgãos públicos são obstáculos quase intransponíveis à preservação de seus direitos. Ou seja, para que o apoio judiciário seja uma medida de combate à pobreza²⁵, mais do que estar previsto em programas estatais, é necessário que esses programas se aproximem e sejam permeáveis à realidade de exclusão que toca o seu público.

A realidade que submete as pessoas em situação de rua às condições da subcidadania²⁶ se materializa como demandas todos os dias nos canais de atendimento da Defensoria Pública. Conhecer essa realidade e como as políticas públicas e seus agentes funcionam pode favorecer o enfrentamento adequado do fenômeno da

²⁴ A descrição feita neste artigo do processo de implementação do atendimento jurídico para as pessoas em situação de rua realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo decorre diretamente da experiência profissional do autor como agente de Defensoria Pública de São Paulo. Além da experiência pessoal do autor, um estudo bastante importante desse processo pode ser consultado em RIBAS, Luciana Marin. **Acesso à justiça para a população em situação de rua**: um desafio para a Defensoria Pública. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/PUC_SP-1_9ca52d3cbdf660c1bfff8bf0911ab5d1. Acesso em: 3 jun. 2024.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

²⁶ Jessé Souza identifica os elementos constitutivos da subcidadania na hierarquia estabelecida pela ordem competitiva capitalista. Souza pontua que, na ordem capitalista atual, as hierarquias, ainda que implícitas, marginalizam classes sociais inteiras de forma permanente, formando a “ralé estrutural”. Segundo o autor, a reprodução de valores de classe (em relação à ralé estrutural o “*habitus* precário”) representa a introjeção de esquemas avaliativos e disposições comportamentais que reproduzem sua precária situação socioeconômica estrutural. (SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2003).

situação de rua pelas instituições do sistema de justiça, estimulando boas práticas, como a elaboração, a proposição e o monitoramento de políticas públicas.

No caso da DPESP, as denúncias sobre os serviços públicos ofertados e sobre o relacionamento de agentes públicos no trato com essa população sempre chegaram de forma pontual aos postos de atendimento, mas, somente com a organização do atendimento jurídico destinado exclusivamente à população em situação de rua a partir de setembro de 2011, essa pauta de demandas específicas se tornou frequente e passou a chegar sistematicamente à DPESP da cidade de São Paulo²⁷.

A criação de um atendimento dedicado à população em situação de rua não só facilitou o acesso à DPESP para quem mais precisa, mas também permitiu à instituição entender profundamente as lacunas nas políticas públicas para esse grupo. Além dos problemas estruturais das políticas, identificou-se que muitas violações surgem da maneira como os órgãos públicos lidam com essa questão diariamente.

A análise da atuação extrajudicial, informada pela interdisciplinaridade, é uma chave interessante de análise, pois permite demonstrar empiricamente uma das maneiras como a *terceira onda* do modelo analítico de Cappelletti e Garth se exprime²⁸. De acordo com esse modelo, a terceira onda envolve o uso alternativo do Direito, que abrange um conjunto de abordagens e medidas para soluções extra e pré-judiciais dos conflitos. O diagnóstico da terceira onda aponta para o esgotamento do modelo processual clássico, em que interesses contrapostos numa lide encontrariam a adequada solução via judiciário. Em sociedades complexas, plurais, com disputas sociais multifacetadas, fenômenos sociais como a situação de rua pressupõem estratégias igualmente complexas para que fatos sociais complexos possam ser adequadamente construídos juridicamente e o acesso à justiça de fato se realize.

²⁷ COSTA, Alderon *et al.* (org). **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: acesso à justiça da população em situação de rua: política institucional, garantia de direitos, práticas, serviços e inclusão. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2018. (Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 3, n. 11, 2018). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/cadernos_defensoria_publica_esp/Cad-Def-Pub-SP_n.11_1.pdf. Acesso em: 3 jun. 2024.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**.

O autor Bryan Garth, no prefácio à *Pesquisa Nacional sobre a Defensoria Pública 2022*, expressou o que, nos estudos do *Projeto Florença de Acesso à Justiça*, era concebido como terceira onda.

Quando trabalhei há muitos anos com Mauro Cappelletti, no Projeto Florença de Acesso à Justiça, a ideia de três ondas renovatórias do acesso à justiça foi interpretada por alguns como significando que o foco na resolução alternativa de conflitos seria “mais avançado” do que propiciar a representação em juízo para tutela de direitos individuais ou de interesses coletivos e difusos. Nosso ponto de vista, efetivamente, era de que a terceira onda envolveria a descoberta acerca do que funciona, individualmente ou em combinação, para tornar os direitos efetivos, incluindo, é claro, um importante papel a ser cumprido pelos serviços de assistência jurídica. Apesar de todas as inovações tecnológicas, mecanismos de *self-help*, além de outros recursos e facilidades *online*, o papel de devotados serviços de assistência jurídica na promoção do acesso à justiça ainda é indispensável²⁹.

A experiência prática do atendimento às pessoas em situação de rua demonstra a importância da atuação da Defensoria Pública na orientação jurídica para além da representação judiciária, pois só assim os problemas decorrentes da desigualdade social podem receber o enfoque adequado. Característico da terceira onda renovatória do acesso à justiça é o reconhecimento dos avanços obtidos com a reivindicação de novos direitos, a expansão da oferta da representação judiciária aos pobres e a criação de mecanismos representativos de interesses difusos, aprofundando as conquistas das ondas anteriores.

A busca por representação efetiva de interesses previamente negligenciados ou mal representados é uma preocupação central. No entanto, o novo enfoque de acesso à justiça tem um escopo mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma abrange não apenas a advocacia, tanto judicial quanto extrajudicial, por meio de advogados privados ou públicos, mas também se concentra nas instituições, nos mecanismos, nas pessoas e nos procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades contemporâneas³⁰.

²⁹ BRASIL. Defensoria Pública da União. *Pesquisa nacional da Defensoria Pública 2022*. Prefácio por Bryant G. Garth. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 29 maio 2024.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p. 67-68.

Esse “enfoque do acesso à justiça” explicita o alcance e os limites das ondas anteriores, oferecendo subsídios para que os direitos estabelecidos possam ser por todos igualmente alcançados e usufruídos. A pesquisa do *Projeto Florença* informa que o sistema de representação judicial, tanto no nível individual quanto coletivo (difuso), necessita de mecanismos institucionais e procedimentais eficientes para que os direitos promulgados de fato se tornem efetivos. As informações apontam que as barreiras que dificultam o acesso à justiça sejam analisadas conforme o caso concreto para que as abordagens plausíveis sejam estabelecidas para superar as barreiras e restrições.

O *Projeto Florença*, ao concentrar a pesquisa sobre a análise de dados e informações oriundos de países de tradição político-liberal burguesa, sobretudo filiados em maior ou menor extensão ao regime de Estado de bem-estar social do pós-guerra, pouco ou muito pouco enfrentou realidades sociopolíticas atravessadas por desigualdades sociais e econômicas como a brasileira. Da perspectiva de Cappelletti e Garth, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”³¹. A visão liberal dos autores traz implícita a ideia de que, para a realização da justiça social, como a diminuição da pobreza e desigualdades, simplesmente bastaria que recursos fossem adequadamente empregados para assegurar igualmente a todos o acesso à justiça. Segundo os autores, o acesso à justiça determina as finalidades básicas do sistema jurídico.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo³².

³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p. 12.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p. 8.

Historicamente, as principais demandas, no atendimento jurídico para população em situação de rua, são relacionadas às políticas públicas socioassistenciais de acolhimento (como falta de vagas em serviços públicos de acolhimento ou denúncias sobre a má-qualidade na prestação dessa política, com desligamento e transferências arbitrárias ou abusivas). A experiência do atendimento demonstra que, em muitos casos, a maioria das demandas deveria ser atendida primeiramente pelos órgãos que executam essas políticas, porém, dada a dificuldade de as pessoas nessa condição de vulnerabilidade sustentarem suas demandas perante os órgãos oficiais responsáveis, essas questões de natureza administrativas chegam a DPESP, demandando encaminhamentos extrajudiciais para a sua resolução.

Essa realidade empírica demonstra que o funcionamento de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas, em muitos casos, é uma moldura teórica que não se sustenta no confronto com a realidade fática de manutenção de extrema pobreza e vulnerabilidade, pois o resultado final do acesso à justiça jamais cumpre a finalidade pretendida. A manutenção de pobreza e exclusão social demonstra o acerto das análises de Marc Galanter³³, ao pontuar que é necessário, em primeiro lugar, observar quem e como se mobiliza perante as regras do jogo, em vez de apreender somente as regras e instituições envolvidas.

5. Litígio estratégico e a atuação da Defensoria Pública de São Paulo – a questão da zeladoria e limpeza urbana na cidade de São Paulo

As ações de zeladoria urbana³⁴ são os atos administrativos de ordenação do espaço público. É no desempenho de atividades dessa natureza que pessoas em situação de rua têm seus direitos de posse e propriedade, de ir, de vir e de permanecer

³³ GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead?: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, Autumn, 1974. Disponível em: <https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/31285>. Acesso em: 3 jun. 2024.

³⁴ As ações de zeladoria urbana definem-se como o conjunto de atividades e serviços executados pelo Poder Público Municipal e por empresas por ele contratadas visando promover a limpeza, manutenção ou recuperação de áreas públicas, tais como varrição, limpeza de bueiros e calçadas, lavagem e varrição de calçadas e ruas, cata-bagulho, reformas, reparos e outras atividades de mesma natureza. Disponível em: SÃO PAULO (SP). **Decreto nº 59.246, de 28 de fevereiro de 2020**. São Paulo, SP: Prefeitura do Município de São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59246-de-28-de-fevereiro-de-2020>. Acesso em: 24 jan. 2023.

e de inviolabilidade da integridade física e moral atacados pelos agentes públicos. Reiteradamente são formuladas na DPESP da cidade de São Paulo denúncias dando conta de ações de constrangimentos à liberdade individual dos cidadãos, sem qualquer amparo legal, e de apreensão arbitrária de bens e pertences que se encontram na posse e/ou propriedade de pessoas em situação de rua.

As denúncias de violações envolvem agentes da Guarda Civil Metropolitana (GCM) e equipes de zeladoria urbana das Subprefeituras que intervêm em espaços públicos onde pessoas em situação de rua se encontram. Os relatos indicam um padrão: durante essas intervenções, funcionários uniformizados apreendem objetos pessoais das pessoas em situação de rua, como mochilas, sacolas e colchões, e a GCM reage de forma agressiva se houver resistência. Essas ações violam o direito à propriedade e à posse dessas pessoas, além de agravar a violação do devido processo legal administrativo, pois os pertences são retirados sem orientação sobre como recuperá-los, sendo tratados como lixo.

Em casos específicos, como carroças de catadores de materiais recicláveis (que são instrumento de trabalho e principal meio de vida das pessoas) e das barracas de *camping* (estratégias utilizadas como local para repouso e guarda de bens pessoais, como roupas, remédios, livros, alimentos, documentos e animais de estimação), as irregularidades parecem óbvias, mas mesmo esses bens sempre foram tomados arbitrariamente. Essas questões, sob qualquer parâmetro do direito administrativo, parecem triviais e óbvias, mas, para a adequada proteção e promoção de direitos, sempre é necessário que questões prosaicas sejam formuladas com objetividade e precisão, para não se permitir que a burocracia estatal no desempenho de suas atividades enseje a violação de direitos das pessoas em situação de rua. Ou seja, além da vontade e do comprometimento político em alterar a ordem das coisas, é preciso conhecer em detalhe o funcionamento de processos e atividades administrativas básicas, como os procedimentos de zeladoria e limpeza urbana.

A análise da dinâmica desses fatos, a narrativa formulada pelas pessoas que sofrem as ações de apreensão de bens e pertences pessoais e as respostas oficiais dadas pela Prefeitura, quando instada, permitem concluir que a lógica de funcionamento e o padrão de atuação dos órgãos municipais se pautam muito mais por uma racionalidade técnico-administrativa de limpeza e segurança urbana do que de atenção e cuidados com cidadãos em condição de extrema vulnerabilidade.

A atuação jurídica, tanto judicial quanto extrajudicial, pode ser direcionada para abordar questões sociais específicas e influenciar decisões estatais, incluindo a

elaboração e implementação de políticas públicas e mudanças legislativas. O litígio estratégico, tradicionalmente, envolve a identificação de casos emblemáticos que visam promover mudanças sociais, integrando diferentes áreas de conhecimento e práticas. Ele conecta direito e política, envolvendo instituições públicas e privadas, movimentos sociais, acadêmicos e jurisdições nacionais e internacionais, com o objetivo de transformar a realidade além do caso específico em discussão.

O potencial emancipador do litígio estratégico em direitos humanos deve ser considerado tanto em termos práticos quanto teóricos, levando em conta o contexto específico em que ocorre. Isso inclui a análise de encruzilhadas, dilemas e paradoxos presentes na prática do litígio estratégico, bem como sua capacidade de promover mudanças sociais³⁵.

Esse aspecto relacional e flexível entre a prática social de agentes e instituições e o espaço social em que o litígio estratégico ganha concretude se conecta, em muitos pontos, com a forma de atuação da DPESP. A DPESP atua como um instrumento jurídico que mobiliza as forças sociais em busca de empoderamento, mediando a inclusão das perspectivas e pautas dos movimentos sociais na agenda pública. Sua articulação com a sociedade civil e os movimentos sociais promove trocas horizontais, avançando uma agenda de proteção de direitos. O litígio estratégico, nesse contexto, é visto como um processo contínuo que combate práticas discriminatórias e excludentes que historicamente marginalizaram as lutas populares.

O litígio estratégico em direitos humanos tem um potencial significativo para impulsionar a transformação social, pois é flexível e adaptável, aberto à criatividade jurídica e extrajurídica. Ao operar nas fronteiras entre movimentos sociais e instituições, direito e política, e níveis doméstico e internacional, ele pode promover inovação e desestabilizar sistemas de hierarquia e poder. No entanto, para alcançar seus objetivos, o litígio estratégico em direitos humanos deve ser abordado de maneira complexa, crítica e contextualizada, considerando tanto a teoria quanto a prática³⁶.

³⁵ GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 1, p. 392, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/39381>. Acesso em: 25 abr. 2023.

³⁶ GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. p. 417.

Foi a partir da intensa mobilização da sociedade civil e de pessoas e movimentos organizados das pessoas em situação de rua, para que as ações indevidas de apreensão e descarte de bens e pertences pela municipalidade parassem de ocorrer, que a DPESP propôs à Prefeitura Municipal de São Paulo a elaboração de parâmetros normativos que pudessem interferir na execução da política pública de zeladoria e limpeza urbana, quando em contato direto com pessoas em situação de rua.

Mesmo sendo um serviço público prestado há anos na cidade de São Paulo, foi em 2016 que a prefeitura paulistana regulamentou o serviço de zeladoria por meio da edição do Decreto Municipal nº 57.069. Dois fatores foram decisivos para a sua edição: (i) a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) após a apreensão das carroças de pessoas que trabalhavam com material reciclável na capital paulista e (ii) os óbitos por hipotermia de pessoas em situação de rua no início do inverno de 2016 na mesma capital³⁷.

Antes da edição do decreto, a DPESP propôs um termo de ajustamento de conduta à Prefeitura, visando à elaboração de um protocolo para esclarecer as prerrogativas e responsabilidades dos agentes públicos envolvidos nas ações relacionadas à população em situação de rua. Apesar de várias reuniões, a municipalidade não assumiu o termo inicialmente, mas depois assumiu a responsabilidade de regulamentar o serviço. No lançamento oficial do decreto, a Prefeitura envolveu representantes da sociedade civil e de órgãos como a Defensoria Pública e o Ministério Público, que foram consultados previamente. O decreto unificou diretrizes municipais para facilitar a execução e fiscalização, destacando-se a colaboração com a DPESP³⁸.

Esse decreto está em grande harmonia com as recomendações da Defensoria e tem um potencial muito forte de barrar práticas ilegais de apreensão que são históricas. Não são dessa gestão em específico. São práticas dos agentes da ponta que são constatadas e observadas pela Defensoria, permeando várias gestões anteriores. Me parece que

³⁷ RIBAS, Luciana Marin. **A pessoa em situação de rua como sujeito de direito**: elementos críticos de uma política pública. 2019. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 115-116. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-29072022-101629>. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-29072022-101629/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

³⁸ SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **Haddad assina decreto que torna claras regras para serviços de zeladoria e protege direitos de pessoas em situação de rua**. São Paulo, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://www.capital.sp.gov.br/w/noticia/haddad-assina-decreto-que-torna-claras-regras-para-servicos-de-zeladoria-e-protege-direitos-de-pessoas-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 29 maio 2024.

o decreto é uma normativa histórica, que provavelmente será replicada em outras prefeituras de outros estados inclusive e tem como potencial, de fato, de minimizar o sofrimento dessa população em situação de rua, disse Daniella Skromov de Albuquerque.

Segundo declarado pela Prefeitura, essas normas já existiam na prática do que deveria ser esse tipo de atuação, mas, devido à magnitude do quadro de servidores envolvidos nesse trabalho (mais de 20 mil servidores entre os funcionários das empresas terceirizadas de limpeza, agentes das subprefeituras e os guardas civis), era necessário e importante ter uma norma única para nortear o trabalho. Isso seria uma maneira de garantir que as pessoas em situação de rua fossem respeitadas, mas também de assegurar que os servidores atuassem de forma correta.

Na construção do espaço sobre a elaboração e o controle de políticas públicas, mostram-se decisivos a permeabilidade, o amplo acesso e o perfil da escuta institucional proporcionado pela Defensoria Pública, que possibilitou a interação com movimentos sociais e militantes de direitos humanos, para que os problemas que afetam as pessoas em situação de rua pudessem ser adequadamente apreendidos e dimensionados. Nenhuma outra instituição que maneja instrumentos judiciais e extrajudiciais de atuação permite, como a Defensoria Pública, a interlocução e tradução jurídica de problemas sociais relevantes.

Nesse ponto, é importante destacar que a atuação da Defensoria Pública só foi possível porque dispõe de legitimidade para proposições de ações civis públicas. A Lei nº 11.448/2007 inseriu na Lei 7.347/1985 a Defensoria Pública como uma das legitimadas para a propositura de ações judiciais para a tutela de direitos difusos e coletivos.

Para a adequada promoção e proteção de direitos de grupos necessitados, a apreensão de aspectos muito específicos da realidade urbana, que afetam decisivamente os direitos de grupo social também bastante específico, só se concretiza mediante a sinergia da permeabilidade da Defensoria Pública com os movimentos sociais, as demandas concretas trazidas em atendimentos individuais reiterados sobre essas violações e a mobilização de instrumentos jurídicos adequados na conformação jurídica desses fatos.

A Defensoria Pública obteve a legitimidade para propor ações civis públicas em 2007, através da Lei nº 11.448, o que ampliou seu acesso a um canal essencial para intervenção em processos judiciais coletivos. Esse caso ilustra a expansão

do papel da Defensoria Pública ao longo do tempo, tanto dentro quanto fora do sistema de justiça, competindo com outras instituições e atores por espaços de atuação estratégica³⁹.

O caso objeto de análise deste artigo permite apontar que, caso fosse vedado à Defensoria Pública manejar a ação civil pública como um de seus instrumentos de atuação, a sinergia de eventos que permite a uma instituição do sistema de justiça incidir juridicamente sobre problemas sociais tão complexos como o fenômeno da situação de rua seria extremamente limitada, em especial sobre a retirada arbitrária de pertences das pessoas em situação de rua pelo próprio poder público.

Além da necessidade de políticas públicas de moradia, as manifestações na audiência pública também chamaram atenção para uma constante e absurda violação das pessoas em situação de rua: a retirada ilegal de pertences pessoais. Conforme lembrou Vânia Maria Rosa, do Fórum das Pessoas em Situação de Rua do RJ, as ações de zeladoria e limpeza urbana são caracterizadas por extrema violência física, psicológica e simbólica. Documentos pessoais, cobertores e até animais de estimação são apreendidos e tratados como se lixo fossem. “Busca-se assim estigmatizá-las como inservíveis sociais. A violência institucional aprofunda a exclusão social”⁴⁰.

A aderência institucional à realidade das violências sofridas pelas pessoas mais vulneráveis trazida pelos atendimentos individuais, juntamente com a permeabilidade crítica trazida pelos movimentos sociais da sociedade civil organizada, relacionados à atuação institucional na veiculação de demandas jurídicas via instrumentos adequados como a ação civil pública, é o pano de fundo que possibilitou a costura estratégica necessária para que a DPESP pudesse incidir qualificadamente na elaboração e no controle da política pública de zeladoria urbana na cidade de São Paulo.

³⁹ CUNHA, Luciana Gross; LEMES, Maurício Buosi; FERRARO, Luíza Pavan. O desenho de Defensoria Pública no Brasil: disputas institucionais, atuação em políticas públicas e desafios no contexto da pandemia de Covid-19. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 2, n. 2, p. 233-275, jul./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n2.a170>. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/170/85>. Acesso em: 3 jun. 2024.

⁴⁰ BALERA, Fernanda Penteado. A rua falou no Supremo Tribunal Federal – STF: “Chega de exclusão, queremos habitação”. **O Trecheiro**: jornalismo a serviço da população em situação de rua, São Paulo, v. 31, n. 278, nov./dez. 2022. Disponível em: <https://www.rederua.org.br/acervo-2022>. Acesso em: 2 nov. 2023.

Juridicamente, um decreto organiza e regulamenta disposições administrativas que facultam ao gestor público exercer suas prerrogativas, como o poder de polícia, por exemplo. O administrador público e seus prepostos, no desempenho de suas funções, não estão autorizados, sob hipótese alguma, a adentrar a esfera de direitos dos cidadãos sem uma norma que, sem contrariar normas superiores, regule estritamente essa intervenção. Como vimos, essas regras elementares não se aplicavam aos direitos das pessoas em situação de rua. No processo de construção das normas do decreto sobre zeladoria urbana, ao se identificar responsabilidades e competências, ficou claro que diversos órgãos e agentes públicos municipais concorriam ou se omitiam para ensejar o estado de flagrante violação de direitos em que a população em situação de rua se encontra.

Após essa incidência da DPESP, os parâmetros normativos da atuação municipal sobre o tema foram profundamente alterados. Atualmente, a Prefeitura de São Paulo⁴¹ estabelece objetivos específicos, para abordar a população em situação de rua, durante operações de zeladoria urbana, reconhecendo o potencial conflito com seus direitos. Normativamente, define os agentes responsáveis, exige divulgação prévia dos locais das ações e comunicação às equipes de assistência social. O decreto visa ampliar a proteção dos pertences das pessoas em situação de rua, promovendo o diálogo e a transparência, proibindo remoções compulsórias e a retirada de pertences essenciais, além de vedar a subtração ou destruição de itens de sobrevivência e o tratamento desrespeitoso pelos agentes municipais.

O poder público municipal deve manter serviços e políticas de atenção à população em situação de rua, garantindo padrões éticos de dignidade e não violência na concretização de mínimos sociais e dos direitos de cidadania a esse segmento populacional. Em reforço às normas mais abrangentes, como os princípios e normas constitucionais e legais (como o direito à propriedade e posse do Código Civil), a construção de normativa municipal, em muitos aspectos, foi concebida para ser um mecanismo eficiente na proteção da dignidade das pessoas em situação de vulnerabilidade social, sobretudo de seus bens e pertences pessoais. Porém, mesmo com esse arcabouço normativo, o que empiricamente se observa é a incapacidade de institucionalização de uma nova forma de interação dos agentes municipais com a população em situação de rua. Mesmo após a elaboração desse marco normativo, os

⁴¹ Por exemplo, no sítio da Subprefeitura Sé, onde se localiza a maior concentração da cidade de pessoas em situação de rua, de acordo com o Censo municipal, constam as diretrizes para a realização das ações de zeladoria. Disponível em: SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **Tratamento à população em situação de rua**. São Paulo, 3 ago. 2020. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/se/zeladoria_urbana/index.php?p=68220. Acesso em: 3 jun. 2024.

pertences pessoais dessas pessoas em situação de rua ainda continuam sendo tratados como lixo, apreendidos e descartados por ação do poder público.

Mobilizando esse arcabouço jurídico, a DPESP e o Ministério Público de São Paulo têm ingressado com ações judiciais e conseguido algumas reparações pontuais sobre as violações sofridas pelas pessoas em situação de rua, sobretudo em relação aos danos morais e materiais, baseadas na responsabilidade civil dos entes estatais. As normas e os princípios constitucionais do Código Civil deveriam bastar à tutela e promoção dos direitos de todas as pessoas, independentemente de qualquer diferenciação de condição social. Todavia, nas ações civis públicas pesquisadas, toda a fundamentação relativa ao dever de indenizar do município foi baseada nas disposições do Decreto nº 59.246, de 28 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre os procedimentos e o tratamento à população em situação de rua durante a realização de ações de zeladoria urbana.

Esse ponto ressalta duas questões fundamentais à análise proposta neste artigo. Primeiro, destaca-se a importância da capacidade da Defensoria Pública de participar da elaboração e fiscalização de políticas públicas, o que teoricamente pode impactar na proteção e promoção dos direitos de grupos vulneráveis. Segundo, evidencia-se como a desigualdade social e a marginalização influenciam a aplicação dos princípios de dignidade e acesso à justiça, que idealmente deveriam ser universais. No entanto, esses princípios são aplicados de forma diferenciada com base no estrato social, afetando a capacidade das pessoas de buscar seus direitos perante as instituições públicas e, conseqüentemente, minando a extensão dos direitos de cidadania sem discriminação.

Empiricamente é possível demonstrar como a exclusão e marginalização a que se submetem as pessoas em situação de rua obliteram o direito de acesso à justiça como um direito fundamental instrumental para realização de todos os outros direitos. Em ações civis públicas propostas pela DPESP contra a Prefeitura de São Paulo, o Judiciário reconheceu a violação dos direitos da população em situação de rua durante as ações de zeladoria e limpeza urbana. Nos dois casos levados a juízo, a Prefeitura utilizou-se dessas ações para promover a retirada forçada das pessoas de espaços públicos da região central da cidade, com manifesta intenção e resultados higienistas. Nas ações, de maneira arbitrária e ilegal, a Prefeitura se valeu das equipes e de atos administrativos de zeladoria e limpeza urbana para promover verdadeiras ações de reintegração de posse dos espaços públicos que as pessoas ocupavam nos baixios do Viaduto Jaceguai e na Praça Princesa Isabel.

A 1ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) condenou, na Ação Civil Pública nº 1009322-38.2018.8.26.0053, o município ao pagamento de indenização por danos morais e materiais às vítimas da ação de zeladoria urbana ocorrida em julho de 2017. A 11ª Câmara de Direito Público do TJSP manteve a condenação, e a Prefeitura foi obrigada a devolver às pessoas que viviam sob o viaduto os bens e pertences apreendidos na ação de zeladoria urbana e, no caso dos bens perdidos e destruídos, indenizar por perdas e danos. Nessa ação, a Prefeitura Municipal também foi condenada em danos morais coletivos.

Sobre a atuação na Praça Princesa Isabel, foi proposta ação civil pública contra a atuação dos agentes municipais para impedir que barracas de *camping*, malocas, lonas e outros objetos usados para proteção contra as intempéries fossem apreendidos e destruídos durante as ações de zeladoria. Na Ação Civil Pública nº 1010217-91.2021.8.26.0053, proposta na Vara da Fazenda Pública da cidade de São Paulo, a DPESP demonstrou pelos depoimentos colhidos nos atendimentos realizados *in loco*, com as vítimas das ações, como foram retiradas e destruídas arbitrariamente e irregularmente as barracas desmontáveis e outros objetos que as pessoas em situação de rua utilizavam no local para se protegerem das intempéries. Esses relatos também demonstraram como objetos, documentos, pertences pessoais e itens de primeira necessidade, como alimentos e ração dos animais, foram apreendidos sem qualquer respaldo legal nas disposições do decreto.

Na primeira ACP sobre as violações ocorridas em 2017, finalizado o regular processamento judicial da ação pelo TJSP, muitas das pessoas habilitadas a serem indenizadas no processo de execução (iniciado em meados de 2021) não foram nem sequer localizadas. Foram realizadas consultas em registros e cadastros da rede socioassistencial do município, buscas em ocupações e logradouros públicos, por intermédio de representantes de movimentos sociais da população em situação de rua. Todavia, em razão do tempo (a DPESP recebeu a notícia de que ao menos três já haviam falecido) e da mobilidade das pessoas pela cidade, somente algumas poucas pessoas foram individualizadas na ACP e conseguiram se habilitar para a indenização. Na prática, o direito do acesso à justiça, proporcionado pela DPESP, mesmo que direcionado com enfoque adequado aos mais necessitados, ao final de todo processamento no sistema de justiça, resultou em aproveitamento útil bastante restrito às pessoas diretamente afetadas pelas violações.

Na ACP referente à Praça Princesa Isabel, no curso de uma liminar que determinava à municipalidade abster-se de apreender as barracas e outros objetos utilizados pelas pessoas para se protegerem do frio e chuva, enquanto não fosse

realizado o encaminhamento social adequado às pessoas que lá viviam, a Prefeitura deu início à obra de revitalização da praça em maio 2022.

O cercamento da praça com grades para a realização das obras de escavação do gramado, podas de árvores e remanejamento dos jardins obrigou, sem qualquer encaminhamento para a rede socioassistencial de acolhimento, a saída das pessoas do local. Antes dessa estratégia, pela proximidade com o território conhecido como Cracolândia, ações policiais eram realizadas com frequência sob a justificativa de combater a criminalidade, mas que, de fato, se prestavam basicamente para forçar a saída e o deslocamento das pessoas da região. Após todas essas intervenções, as pessoas foram expulsas da Praça Princesa Isabel, dispersando-se pela região central da cidade.

Agora, a Praça Princesa Isabel foi transformada em parque municipal, cercado definitivamente com grades e portões. Durante o dia, a entrada é controlada pela GCM, e os portões são fechados durante a noite. Dessa forma, completou-se com bastante êxito o projeto higienista tentado via ação de zeladoria, impedido num primeiro momento pela ACP proposta pela DPESP.

6. Conclusão

Um aspecto relevante da análise proposta neste artigo é observar como a mobilização estratégica de instrumentos jurídicos para ingresso ao Judiciário pela instituição definida constitucionalmente para garantir aos necessitados o acesso à justiça, quando confrontada com contextos de profunda desigualdade e exclusão social, limita de diversas formas as tentativas de expansão democrática e de aprimoramento institucional promovidas pelo Direito.

Por si sós normas legais e infralegais, como um decreto municipal que discipline a execução da zeladoria, não possuem a capacidade para tirar as pessoas em situação de rua da invisibilidade e da marginalização social em que o processo histórico e as omissões do Poder Público há muito tempo insistem em mantê-las. Todavia, ainda que o âmbito de proteção do decreto aos direitos dessas pessoas seja muito restrito (como assegurar minimamente a proteção aos seus parques bens e pertences pessoais que possuem para sobreviver nas ruas), o recorte desse aspecto da realidade urbana paulistana permite apontar como a desigualdade e a exclusão social se retroalimentam de atitudes, comportamentos, práticas e normatividades que habitam o subterrâneo das instituições formais, minando os avanços institucionais,

a princípio aptos para iniciar o processo de retirada dessas pessoas da exclusão e marginalização em que a situação de rua as mantém.

A situação/trajetória de rua acarreta às pessoas nessa condição o crescimento exponencial dos fatores de riscos a graves violações de direitos humanos que poucas situações sociais de nosso contexto urbano oferecem. Ou seja, viver nas ruas apresenta-se como resultado de uma série de violações de direitos, ao mesmo tempo que enseja e potencializa novas violações.

Todo cidadão tem direito à propriedade e à posse, e obviamente a situação de rua não influi em nada nesse direito. Assim, quando os bens e pertences pessoais da população em situação de rua são apreendidos por agentes públicos sem qualquer esclarecimento ou informação sobre a forma e os mecanismos para reavê-los, claramente são violados os direitos dessas pessoas. Nesses casos, a violação do devido processo legal administrativo, a “violação de um princípio crucial de justiça como do princípio da lei”, com diz O’Donnell⁴², se reveste ainda de maior gravidade, na medida em que os parques pertences e objetos pessoais das pessoas em extrema condição de marginalização social são retirados e descartados como se lixo fossem.

A inclusão de parâmetros normativos para regular a atuação de agentes públicos durante as ações de zeladoria urbana poderia, em um primeiro momento, ser encarada como uma espécie de “curto-circuito”⁴³ nas relações do poder público com cidadãos em condição de pobreza extrema, na medida em que as alterações introduzidas impuseram uma forma de justificação legal para reduzir a discricionariedade na atuação desses agentes públicos. O sistema legal não produziu eficácia em alterar a realidade por decreto, mantendo-se o padrão arbitrário e violento no tratamento voltado às pessoas em situação de rua. Se houve algum progresso e evolução no cenário, foram maiores recursos argumentativos para pleitear reparações indenizatórias às violações sofridas pelas pessoas em situação de rua, fundamentadas nas normas municipais. Porém, reforçando que, se “as instituições importam”, o “contexto social importa” muito mais, verificou-se que a prevalência das instituições informais no padrão de conduta dos agentes públicos impede a reiteração de práticas violadoras a cada encontro com as pessoas em situação de rua.

⁴² O’DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. p. 48.

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur*: revista internacional de direitos humanos, v. 4, n. 6, p. 29-51, jan. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/6b8m4wkLXMwkv8KQFmW8Nsy/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 maio 2024

Em New Orleans foi preciso uma catástrofe ambiental para desnudar os mecanismos sociopolíticos de exclusão e marginalização social. No contexto urbano da cidade de São Paulo, sociedade civil, mercado e Estado não precisam aguardar um desastre ambiental para se mobilizarem no enfrentamento ao fenômeno da situação de rua, pois essas pessoas já se encontram imersas em uma catástrofe social.

Nesse cenário, a Defensoria Pública, através de sua posição estratégica no sistema de justiça, ao tomar contato cotidianamente com os mecanismos de exclusão, tanto em relação às violações diretas e objetivas como também no desvelamento das regras informais que concorrem para naturalizar essas práticas violadoras (talvez esse seja um “curto-circuito” possível), pode oferecer subsídios fundamentais para que as outras instituições do sistema de justiça e dos Poderes Legislativo e Executivo (como a decisão da ADPF 976 determina), de fato, enfrentem os mecanismos de exclusão e marginalização a que se submetem as pessoas em situação de rua.

Referências

ARANTES, Rogério B.; MOREIRA, Thiago M. Q. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. **Opinião Pública**, v. 25, n. 1, p. 97-135, jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/333146976_Democracia_instituicoes_de_controle_e_justica_sob_a_otica_do_pluralismo_estatal. Acesso em: 3 jun. 2024.

BALERA, Fernanda Penteado. A rua falou no Supremo Tribunal Federal – STF: “Chega de exclusão, queremos habitação”. **O Trecheiro**: jornalismo a serviço da população em situação de rua, São Paulo, v. 31, n. 278, nov./dez. 2022. Disponível em: <https://www.rederua.org.br/acervo-2022>. Acesso em: 2 nov. 2023.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Pesquisa nacional da Defensoria Pública 2022**. Prefácio por Bryant G. Garth. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 29 maio 2024.

BRINKS, Daniel M. Informal institutions and the rule of law: the judicial response to state killings in Buenos Aires and São Paulo in the 1990s. **Comparative Politics**, v. 36, n. 1, Oct. 2003. Disponível em: <https://jcp.gc.cuny.edu/2003/10/01/volume-36-number-1-october-2003/>. Acesso em: 29 maio 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

RAMOS, André de C. Curso de direitos humanos. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553626409. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626409/>. Acesso em: 06 jun. 2024.

CORTINA ORTS, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

COSTA, Alderon *et al.* (org). **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: acesso à justiça da população em situação de rua: política institucional, garantia de direitos, práticas, serviços e inclusão. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2018. (Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 3, n.11, 2018). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/cadernos_defensoria_publica_esp/Cad-Def-Pub-SP_n.11_1.pdf. Acesso em: 3 jun. 2024.

CUNHA, Luciana Gross; LEMES, Maurício Buosi; FERRARO, Luíza Pavan. O desenho de Defensoria Pública no Brasil: disputas institucionais, atuação em políticas públicas e desafios no contexto da pandemia de Covid-19. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 2, n. 2, p. 233-275, jul./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n2.a170>. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/170/85>. Acesso em: 3 jun. 2024.

FREITAS, Hyndara. Nunes defende remoção de barracas nas ruas: “as pessoas serão acolhidas”. Deputado Guilherme Boulos acionou Ministério Público contra a medida. **Veja São Paulo**, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/nunes-defende-remocao-de-barracas-nas-ruas-as-pessoas-serao-acolhidas/>. Acesso em: 3 jun. 2024.

GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead?: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, Autumn, 1974. Disponível em: <https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/item/31285>. Acesso em: 3 jun. 2024.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 389-423, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/39381>. Acesso em: 25 abr. 2023.

LUIZ, Wilherson Carlos. A atuação extrajudicial da Defensoria Pública e a possibilidade de intervenção em graves problemas sociais. *In*: WEIS, Carlos; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá; AZEVEDO, Davi Quintanilha Failde de (org.). **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: direitos das pessoas em situação de rua. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2017. p. 71-88. (Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, n. 3, 2017). Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/1ee29433-8050-3ac2-2abf-913ce7d93cb0>. Acesso em: 29 maio 2024.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Disputas institucionais e interesses corporativos no sistema de justiça: impasses na criação da Defensoria Pública nos Estados. **Dados**: revista de ciências sociais, v. 62, n. 4, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/001152582019196>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/b7jdtbr79jX9VxYQKCZG7Vm/?lang=pt>. Acesso em: 3 jun. 2024.

NATALINO, Marco. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil (2012-2022)**. Brasília: IPEA, 2022. Publicação preliminar. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/1/NT_Estimativa_da_Populacao_Publicacao_Preliminar.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos CEBRAP**, v. 3, n. 31, out. 1991. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-31/#gsc.tab=0>. Acesso em: 29 maio 2024.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Tradução: Otacílio Nunes. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 2, n. 51, p. 37-61, jul. 1998. Disponível em: https://novosestudos.com.br/wp-content/uploads/2017/05/14_poliarquias_e_a_inefetividade.pdf.zip. Acesso em: 3 jun. 2024.

PETROCILO, Carlos; DIAS, Paulo Eduardo. Prefeito sinaliza que poderá remover barracas de moradores de rua em São Paulo: Nunes disse que houve “exceção por conta da pandemia” e que não se pode permitir uso de abrigos “para fazer mendicância na rua”. **Folha de S. Paulo**, 7 fev. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/02/prefeito-sinaliza-que-podera-remover-barracas-de-moradores-de-rua-em-sp.shtml>. Acesso em: 3 jun. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

RESK, Felipe. Novo subprefeito da Sé: “Vai chegar o momento de usar munição química”: ex-secretário executivo da Polícia Militar, o coronel Alvaro Batista Camilo é o novo subprefeito da Sé, onde fica a Cracolândia. **Metrópoles**, 8 fev. 2023. Disponível em: <https://www.metrosoles.com/sao-paulo/novo-subprefeito-da-se-vai-chegar-o-momento-de-usar-municao-quimica>. Acesso em: 3 jun. 2024.

RIBAS, Luciana Marin. **Acesso à justiça para a população em situação de rua: um desafio para a Defensoria Pública**. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/PUC_SP-1_9ca52d3cbdf660c1bfff8bf0911ab5d1. Acesso em: 3 jun. 2024.

RIBAS, Luciana Marin. **A pessoa em situação de rua como sujeito de direito: elementos críticos de uma política pública**. 2019. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-29072022-101629>. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-29072022-101629/>. Acesso em: 2 nov. 2023.

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

SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **Haddad assina decreto que torna claras regras para serviços de zeladoria e protege direitos de pessoas em situação de rua**. São Paulo, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://www.capital.sp.gov.br/w/noticia/haddad-assina-decreto-que-torna-claras-regras-para-servicos-de-zeladoria-e-protege-direitos-de-pessoas-em-situacao-de-rua>. Acesso em: 29 maio 2024.

SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **População em situação de rua São Paulo: censo 2021**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWZlMTE5MGIzjRmMi00ZTcyLTgxOTMtMjc3MDAwMDM0NGI5IiwidCI6ImE0ZTA2MDVjLWUzOTUtNDZiYS1iMmE4LThlNjE1NGM5MGUwNyJ9>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SÃO PAULO (SP). Prefeitura. **Tratamento à população em situação de rua**. São Paulo, 3 ago. 2020. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/se/zeladoria_urbana/index.php?p=68220. Acesso em: 3 jun. 2024.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24216>. Acesso em: 2 nov. 2023.

SOMERS, Margaret R. **Genealogies of citizenship**: markets, statelessness, and the right to have rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

TRUBEK, David M. The “rule of law” in development assistance: past, present, and future. *In*: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The new law and development**: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 74-94.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur**: revista internacional de direitos humanos, v. 4, n. 6, p. 29-51, jan. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/6b8m4wkLXMwkv8KQFmW8Nsy/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 maio 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 22 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 29 ago. 2023.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (1ª Vara de Fazenda Pública). **Ação Civil Pública 1009322-38.2018.8.26.0053**. Juiz: Fernando Rodrigues. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000CFFU0000&processo.foro=53&processo.numero=1009322-38.2018.8.26.0053>. Acesso em: 29 ago. 2023.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 425, de 08 de outubro de 2021**. Institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4169>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 6 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

SÃO PAULO (SP). **Decreto nº 59.246, de 28 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre os procedimentos e o tratamento à população em situação de rua durante a realização de ações de zeladoria urbana. São Paulo, SP: Prefeitura do Município de São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59246-de-28-de-fevereiro-de-2020>. Acesso em: 24 jan. 2023.

SÃO PAULO (SP). **Portaria Intersecretarial Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB; Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania - SMDHC nº 4 de 23 de julho de 2020.** Disciplina procedimentos e ações de zeladoria urbana previstos no Decreto nº 59.246 de 28 de fevereiro de 2020. São Paulo, SP: Secretaria Municipal das Subprefeituras, [2020]. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-intersecretarial-secretaria-municipal-das-subprefeituras-smsub-4-de-23-de-julho-de-2020>. Acesso em: 20 fev. 2023.



Processos estruturais e Advocacia Pública: desafios na jurisdição constitucional estrutural¹

Structural litigation and the role of Public Attorneys: challenges in the structural constitutional jurisdiction

Procesos estructurales y Abogacía Pública: desafíos en la jurisdicción constitucional estructural

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio²

Escola Superior da Advocacia-Geral da União (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7773-5169>

E-mail: henriquefulgencio@yahoo.com.br

Alessandra Lopes da Silva Pereira³

Escola Superior da Advocacia-Geral da União (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1526-1487>

E-mail: alelopesilva@gmail.com

Maria Helena Martins Rocha Pedrosa⁴

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7684-5577>

E-mail: pesquisa.mariahelena@gmail.com

¹ FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha. Processos estruturais e Advocacia Pública: desafios na jurisdição constitucional estrutural. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 593-632, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a341>.

² Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor e Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Pesquisador credenciado no Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Brasília. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3050365168467499>.

³ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professora da Pós-Graduação da Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Como Advogada da União, foi Chefe de Divisão na Coordenação-Geral de Proativo e Processos Estruturais do Departamento de Controle Concentrado da Secretaria-Geral de Contencioso, na qual atua, perante o Supremo Tribunal Federal, há 7 anos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2774676362927143>.

⁴ Doutoranda e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Como Advogada da União, foi Coordenadora-Geral de Proativo e Processos Estruturais do Departamento de Controle Concentrado da Secretaria-Geral de Contencioso. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7888012896646100>.

Resumo

O artigo pretende contribuir para a agenda de pesquisa sobre os desafios enfrentados pela Advocacia Pública nos processos estruturais. Para tanto, apresenta revisão de literatura sobre o assunto e examina a interação entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Advocacia Pública a partir de dois eixos: a aplicação dos princípios da demanda e da congruência nos processos estruturais e a imposição judicial de elementos dificultadores ao cumprimento de decisões dessa espécie. Essa análise é feita a partir de decisões do STF selecionadas por meio de amostragem intencional, que caracteriza as pesquisas de alcance qualitativo. Partindo-se dos processos estruturais cujo mérito fora julgado pelo STF, selecionaram-se as causas que constituem casos típicos ou extremamente importantes para os problemas analisados. Por fim, o artigo formula sugestões de práticas processuais adequadas, com a finalidade de aprimorar o diálogo institucional sobre os litígios estruturais, bem como de propiciar hipóteses para pesquisas futuras.

Palavras-chave

Processo estrutural; advocacia pública; Supremo Tribunal Federal; princípios da congruência e da demanda; cumprimento do título.

Sumário

1. Introdução. 2. A Advocacia Pública no processo estrutural como uma necessária agenda de pesquisa. 3. Os princípios da demanda e da congruência no processo estrutural. 4. Elementos dificultadores do cumprimento do título judicial estrutural. 5. Conclusão.

Abstract

The paper aims to contribute with the research agenda on the challenges faced by Public Attorneys in structural litigations. To this end, it presents a literature review on the subject and examines the interaction between the Brazilian Supreme Court (STF) and the role of public attorneys across two axes: the application of the procedural principles of demand and congruence in structural litigations; and the judicial imposition of what we call hindering elements to the compliance with decisions of this kind. This analysis is carried out based on decisions of the STF selected through intentional sampling, which characterizes qualitative research scopes. Starting from structural cases whose merits were tried by the STF, the cases that constitute typical or extremely important instances for the analysed problems were selected. Finally, the article formulates suggestions for appropriate procedural practices, with the purpose of improving institutional dialogue on structural litigation, as well as providing hypotheses for future research.

Keywords

Structural litigation; public attorneys; Brazilian Supreme Court; principles of congruence and demand; compliance with the decision.

Contents

1. Introduction. 2. The role of Public Attorneys in the structural litigation as a necessary research agenda. 3. The procedural principles of demand and congruence in the structural litigation. 4. Hindering elements to the compliance with the structural decisions. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo contribuir a la agenda de investigación sobre los desafíos enfrentados por la abogacía pública en los procesos estructurales. Para ello, presenta una revisión de la literatura sobre el tema y examina la interacción entre el Supremo Tribunal Federal (STF) y la abogacía pública desde dos ejes principales: la aplicación de los principios de demanda y de congruencia en los procesos estructurales; y la imposición judicial de elementos que dificultan el cumplimiento de decisiones de esta naturaleza. Este análisis se realiza a partir de decisiones del STF seleccionadas mediante muestreo intencional, característico de investigaciones cualitativas. A partir de los procesos estructurales cuyo mérito ha sido juzgado por el STF, se seleccionaron los casos que constituyen ejemplos típicos o extremadamente importantes para los problemas analizados. Finalmente, el artículo formula sugerencias de prácticas procesales adecuadas, con el fin de mejorar el diálogo institucional sobre los litigios estructurales, así como de ofrecer hipótesis para investigaciones futuras.

Palabras clave

Proceso estructural; abogacía pública; Supremo Tribunal Federal; principios de congruencia y de demanda; cumplimiento del título.

Índice

1. Introdução. 2. La Abogacía Pública en el proceso estructural como una agenda de investigación necesaria. 3. Los principios de demanda y de congruencia en el proceso estructural. 4. Elementos que dificultan el cumplimiento del título judicial estructural. 5. Conclusión.

1. Introdução

As novidades conceituais incorporadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com o julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 ocasionaram importantes movimentos ativos da Administração Pública e do Poder Judiciário, com o intuito de implementar os respectivos comandos judiciais⁵. Essas medidas, associadas a inovações também contempladas, exemplificativamente, na Petição n. 3.388 e no *Habeas Corpus* (HC) n. 143.641, ao qual, inovadoramente, foi atribuída feição coletiva, sedimentaram, na prática da jurisdição constitucional, uma nova modalidade de atuação.

Distanciando-se da prática comumente marcada por estritos freios de conhecimento, os processos estruturais inauguraram, na atuação do STF, capítulo pautado pelo experimentalismo. Esse movimento, delimitado especialmente por novas balizas ao controle concentrado de constitucionalidade, veio acompanhado da abertura da legitimação dos atores processuais, da flexibilização dos limites de conhecimento das causas e da intervenção direta do Poder Judiciário não apenas na idealização da política pública, como também em sua implementação estrita.

Embora os provimentos estruturantes não tenham se limitado, no âmbito do STF, aos processos objetivos, é certo que essa via processual, com formas tão tradicionais e para a qual o acesso era particularmente restrito, passou a albergar, paulatinamente, papéis cada vez mais amplos na jurisdição constitucional brasileira. Esse movimento ampliativo se valeu, especialmente, da fluidez do instituto da ADPF para a implementação dos avanços a seguir analisados.

As limitações processuais inerentes aos provimentos subjetivos, que impedem a ampla eficácia dos julgados e restringem, portanto, os beneficiários das determinações judiciais, associadas à maior margem que o objeto das ADPFs pode alcançar, parecem ter impulsionado essa transição do processo estrutural para o âmbito objetivo.

Após a deflagração da pandemia de Covid-19, o STF intensificou a produção de decisões estruturantes, sobretudo em ADPFs. Com efeito, os comandos veiculados nas decisões anteriormente mencionadas revelam que, embora tenham pavimentado

⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça: da política à prática. *Consultor Jurídico*, Brasília, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 1 mar. 2024.

o caminho para a atual realidade, a ocorrência da pandemia, aliada ao momento político em que vivemos, mobilizou, de forma totalmente inovadora, a atuação estruturante do STF. Neste ponto, pode-se mencionar quatro casos que tiveram a emergência sanitária como cenário subjacente e indicaram marcos de virada na postura do STF diante de litígios estruturais complexos: a ADPF n. 709, sobre proteção à saúde dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19, assim como sua Petição n. 9.585, que tramita em segredo de justiça; a ADPF n. 742, que tutela a saúde das comunidades quilombolas no mesmo contexto, assim como suas Petições n. 9.696, 9.697, 9.698 e 9.700; e as ADPFs n. 754 e 756, que tratam, especificamente, de temas relacionados à imunização contra a Covid-19.

Os provimentos colegiados e monocráticos proferidos nessas ações revelam, em maior ou menor medida, a adoção do experimentalismo nos processos estruturais em curso perante o STF, no intuito de desestabilizar⁶ um quadro que, estabilizado, foi considerado incapaz de tutelar garantias fundamentais. Dentre os procedimentos experimentais adotados, inclui-se a determinação de elaboração de planos e medidas atípicas de acompanhamento. Antes disso, essas medidas eram raramente aplicadas em processos de controle abstrato de constitucionalidade. Expressões como “dilemas poli-cêntricos”, “litígios complexos”, “estado de coisas inconstitucional” e “provimentos em cascata” – embora de origens teóricas diversas – passaram a compor o vocabulário daqueles que se dedicam a estudar o STF e dos atores que litigam perante o Tribunal.

Além disso, o perfil das demandas que mobilizaram o controle concentrado foi alterado, o que está relacionado ao fato de que, do ponto de vista processual, a expansão das tutelas estruturais no STF foi acompanhada da ampliação do acesso à jurisdição constitucional, notadamente com a evolução quanto à compreensão da categoria entidade de classe (art. 103, inciso IX, da Constituição). Como se sabe, ao proferir decisão monocrática na ADPF n. 527, o Min. Luís Roberto Barroso já havia admitido a legitimidade da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais, sob o argumento de que “a missão precípua de uma suprema corte em matéria constitucional é a proteção de direitos fundamentais em larga escala”⁷.

⁶ Cf. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8197401/mod_resource/content/1/Destabilization%20Rights_%20How%20Public%20Law%20Litigation%20Succeeds.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

⁷ Essa decisão foi proferida em agosto de 2018 e levou em consideração o histórico levantamento realizado na Universidade de Brasília, que indicou a prevalência da utilização do controle concentrado para a reivindicação de interesses corporativos (COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle*

No entanto, a partir de 2020, viu-se um STF mais aberto à legitimação de entidades que representam grupos vulneráveis. Nesse sentido, as ADPFs n. 709 e 742 foram ajuizadas, respectivamente, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e pela Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (CONAQ) em conjunto com partidos políticos, tendo ambas sido reconhecidas como legitimadas. Posteriormente, na ADPF n. 991, que trata de omissões estruturais relativas aos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC), a legitimidade da APIB, que figurou como única autora, foi reafirmada.

A intensidade e os novos modos de atuação da jurisdição constitucional geraram um crescente interesse acadêmico sobre o tema. À primeira vista, entretanto, a literatura produzida sobre o assunto no Brasil tem se voltado, majoritariamente, a propagar os benefícios e as potencialidades do processo estrutural, o que costuma envolver a apresentação de um discurso favorável ao fortalecimento do Poder Judiciário e à flexibilização de garantias processuais tradicionais. Parecem ser poucos os trabalhos científicos dispostos a desafiar ou questionar essa visão entusiasta acerca do processo estrutural, de modo a lhe contrapor, por exemplo, a perspectiva da Advocacia Pública, à qual cabe, geralmente, as funções de defender a constitucionalidade das políticas públicas em curso e de intermediar o diálogo institucional entre o Judiciário e os órgãos que compõem o governo.

O presente artigo tem por objetivo contribuir para que a lacuna ou deficiência vislumbrada na produção acadêmica sobre processo estrutural seja suprida. Nessa linha, sua próxima seção é destinada à apresentação de revisão da literatura brasileira sobre processo estrutural, realizada com o propósito de averiguar se a hipótese descrita no parágrafo anterior se confirma.

Na sequência, o trabalho se dedica a analisar a interação entre o STF e a Advocacia Pública nos processos estruturais. Nessa etapa, serão enfocados os pronunciamentos judiciais que trataram, de modo específico, sobre a incidência dos princípios da demanda e da congruência nessa modalidade processual; bem como as determinações provenientes do STF que funcionaram como elementos dificultadores da atuação da Advocacia Pública na fase de cumprimento das decisões estruturais. A seleção dos julgados descritos e examinados foi realizada por meio

concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília, Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 14 fev. 2024).

de amostragem intencional, que caracteriza as pesquisas de alcance qualitativo⁸. Partindo-se dos processos estruturais cujo mérito fora julgado pelo STF, selecionaram-se as causas que constituem casos típicos ou extremamente importantes para os problemas analisados⁹.

Por fim, o artigo também se propõe a apresentar sugestões de práticas processuais adequadas, com a finalidade de aprimorar o diálogo entre Poder Judiciário, órgãos de governo e Advocacia Pública, assim como de evitar comportamentos incompatíveis com as garantias fundamentais relacionadas ao direito processual. Essas sugestões serão formuladas a partir da própria jurisprudência do STF, como corolários de premissas extraídas da linha de interpretação adotada por essa Corte que prestigia a promoção de um diálogo institucional efetivo e a concretização das garantias processuais mencionadas. Sua apresentação neste trabalho visa, outrossim, a suscitar possíveis ideias de pesquisa, problemas e hipóteses a serem desenvolvidos em futuras investigações relacionadas à agenda de pesquisa que se tem em perspectiva.

2. A Advocacia Pública no processo estrutural como uma necessária agenda de pesquisa

Do ponto de vista acadêmico, é amplamente aceita a necessidade de reconhecer o processo estrutural como uma nova tipologia processual existente no direito brasileiro¹⁰ e de tratá-lo como uma categoria com conceito próprio¹¹. Sendo assim, tem sido admitida a importância de desenvolver-se um quadro teórico relativo aos processos estruturais que seja adequado à realidade jurídica brasileira, a partir do diagnóstico de que as dificuldades epistêmicas para uma tal teoria se relacionam aos

⁸ CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**: métodos qualitativo, quantitativo e misto. Tradução: Magda França Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

⁹ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. **Metodologia de pesquisa**. Tradução: Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

¹⁰ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

seguintes obstáculos principais: “a disputa de diferentes paradigmas sobre qual o papel do Judiciário na superação das omissões políticas e a utilização do raciocínio indutivo descontextualizado”¹². Desse modo, Machado Segundo e Serafim defendem que, se essas questões não forem adequadamente enfrentadas, “os processos estruturais no Brasil se resumirão a uma reprodução integral de modelos decisórios estrangeiros, colocando em xeque a sua eficiência e a proteção dos direitos fundamentais afetados pelas omissões políticas”¹³.

De uma maneira geral, apesar do reconhecimento de limitações, a possibilidade de decisões estruturais é vista de maneira positiva, por exemplo, como um meio de permitir ao Poder Judiciário melhores soluções a problemas complexos¹⁴; de conter o estado de coisas inconstitucional ambiental¹⁵; de efetivar, por meio de procedimentos experimentalistas, o direito à saúde, especialmente no momento pandêmico¹⁶; e de democratização do acesso à justiça¹⁷.

Há, também, trabalhos que mapeiam as dificuldades institucionais na prolação de decisões estruturais. Por exemplo, ao analisarem a atuação do STF a respeito do encarceramento em massa e a proliferação da Covid-19, e a ausência de decisões estruturais sobre o tema no período, Wang e outros ilustraram como o reconhecimento da limitação da capacidade institucional pode impedir o proferimento

¹² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. *Revista do Direito*, n. 66, p. 107, jan./mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi66.15739>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. p. 107.

¹⁴ MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel García. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1018, p. 255-276, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43355485/OS_OBST%C3%81CULOS_AO_PROCESSO_ESTRUTURAL_E_DECIS%C3%95ES_ESTRUTURAS_NO_DIREITO_BRASILEIRO. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹⁵ BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SCHÖNHOFEN, Vivian Pinheiro. A solidariedade intergeracional ambiental e o processo estrutural como instrumentos para a contenção do estado de coisas inconstitucional ambiental. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 13, n. 1, p. 1-37, 2022. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/404070>. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹⁶ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. *Revista Culturais Jurídicas*, v. 8, n. 19, p. 31-58, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturajuridicas/article/view/47946>. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹⁷ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A democratização do acesso à justiça como ponte para transformações sociais: ativismo dialógico em processos estruturais na Colômbia. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 25, n. 1, p. 134-159, jan./abr. 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81902>. Acesso em: 7 jun. 2024.

de decisões estruturais. Os autores consideraram que decisões estruturais sobre o tema teriam “sobrecarregado a Corte com um afluxo inadmissível de petições individuais”¹⁸. Em linha semelhante, França conclui que “os casos estruturais no Brasil possuem mais chances de êxito nas instâncias inferiores do que no Supremo Tribunal Federal”¹⁹.

Apesar disso, surgem reflexões como a de Casimiro e Marmelstein²⁰, os quais defendem que, nos processos estruturais, considerada uma complementaridade entre as dimensões simbólica e concreta das decisões judiciais, o STF pode assumir, pelo menos, o papel de um fórum de protestos. Para os autores, “se até derrotas podem produzir efeitos sistêmicos positivos para o grupo, muito mais pode alcançar uma decisão estrutural que reconhece os direitos da coletividade, mas que não é adequadamente implementada”²¹.

França, Serafim e Albuquerque, de certa forma, enunciam o processo estrutural como uma opção de coragem dos juízes, na medida em que afirmam que, ao menos à época da publicação do trabalho, ainda havia “um grande medo dos juristas em reconhecer a necessidade de se utilizar o processo estrutural como instrumento adequado para promover a efetividade dos direitos socioeconômicos no Brasil”²². Para os autores, essa postura receosa estaria ligada a preocupações sobre organização de finanças públicas e preservação de atribuições da Administração Pública.

Uma tipologia das objeções comumente levantadas aos processos estruturais foi posteriormente elaborada por Nóbrega, França e Casimiro, que consideram pertinentes à atuação do Poder Judiciário, nesses casos, as seguintes críticas: “a ameaça à

¹⁸ WANG, Daniel Wei Liang *et al.* Why has a progressive court failed to protect the prison population against COVID-19?: mass incarceration and Brazil’s Supreme Court. *Health and Human Rights Journal*, v. 25, n. 2, p. 67-82, dez. 2023. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/volume-25-issue-2-december-2023/>. Acesso em: 5 jun. 2024. No original: “Through an examination of the Supreme Court’s rulings in structural cases and in a sample of over 4,000 habeas corpus decisions, this paper argues that granting these injunctions would have overwhelmed the court with an unmanageable influx of individual claims.” (Tradução livre).

¹⁹ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais: limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais na perspectiva comparada no Sul global.** 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

²⁰ CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? *Revista Direito Público*, v. 19, n. 102, p. 412-440, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6142>. Acesso em: 7 jun. 2024.

²¹ CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? p. 435.

²² FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. p. 53.

separação de poderes; a ilegitimidade democrática do Judiciário para intervir nesses casos; a incapacidade técnica dos juízes para criar e gerenciar políticas públicas; e a possibilidade de um efeito *backlash* contra as decisões estruturais”²³.

A partir desse diagnóstico, os autores sugerem que, para não incorrer nessas objeções, é necessário que o Poder Judiciário adote uma postura dialógica nos processos estruturais, nos seguintes termos:

Para isso, o Judiciário não precisa ser o criador unilateral de políticas públicas. Na verdade, intervenções judiciais pautadas no diálogo institucional permitem que as críticas apresentadas sejam contornadas. A atuação dialógica apresenta três vantagens principais: permite que os juízes colaborem com solução do litígio estrutural, mas respeitando a separação de poderes; não faz do juiz o criador da política pública, mas colaborador da Administração Pública, que irá identificar os direitos violados e parâmetros normativos que devem nortear a solução do problema, o que afasta a crítica da incapacidade técnica; e em vez de atrito, promove um cenário de colaboração entre os Poderes, diminuindo as chances de um efeito *backlash*²⁴.

Seguindo a linha de que as sentenças estruturais participativas têm maior aptidão à eficiência, Albuquerque e Serafim afirmam que, nesses casos, “em vez de agir de forma unilateral, a intervenção judicial ocorreria de forma dialógica com a Administração Pública, incluindo-se no diálogo os segmentos sociais afetados pelas omissões”²⁵.

²³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do Poder Judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 1, p. 130, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v8i1.676>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/676>. Acesso em: 7 jun. 2024.

²⁴ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do Poder Judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? p. 130.

²⁵ ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 659, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.505>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 7 jun. 2024.

Por outro lado, Silva e Almeida, ao analisarem a postura do STF na condução da ADPF n. 709²⁶ (cujo objeto é a proteção à saúde indígena no curso da pandemia de Covid-19), defendem que, apesar de o Tribunal ter tentado adotar uma postura dialógica, “a resistência dos responsáveis pela política pública que se almeja estruturar em deixar o perfil rivalizado típico dos processos tradicionais [...] culminou em algumas decisões mais impositivas”²⁷.

Constatações dessa espécie – que são majoritárias na produção acadêmica sobre os processos estruturais – conduzem a reflexões sobre como operacionalizar, institucionalmente, a desejável postura dialógica entre os atores envolvidos nos processos estruturais. Embora eles não se restrinjam conceitualmente a ações movidas contra o Poder Público²⁸, certo é que, na quase totalidade dos casos, é a Administração Pública que figura como requerida nessas ações.

Em juízo, o papel de exercer a representação dos entes públicos recai sobre os advogados públicos, que ocupam uma posição singular de interlocução entre os Poderes. Muitas vezes, eles se convertem em espécies de tradutores, para órgãos ou entidades requeridos, do alcance e do significado desse novo território processual estrutural, que exige mais do que a postura habitual de mero cumprimento de decisões de obrigação de fazer ou de pagamento.

No entanto, ainda há poucos estudos que se voltam ao papel dos advogados públicos nesses processos. Por exemplo, Lima ressalta a atuação do procurador público, que classifica como “o profissional que orientará o governante a atuar segundo a juridicidade, atuando como interlocutor entre os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e o povo”²⁹.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343655073&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

²⁷ SILVA, Lília Nunes; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A gestão processual adequada em processos estruturais: estudo de caso das decisões proferidas na ADPF N° 709. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA, 6., 2021, Coimbra. **Anais [...]**. Coimbra, 2021. Disponível em: <https://www.trabalhoscidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/763>. Acesso em: 26 fev. 2024.

²⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.

²⁹ LIMA, Bruno Roberto de. Estabilidade na advocacia pública para a conformação de valores públicos e concretização de direitos fundamentais em processos estruturantes. **Revista MPC-PR**, v. 9, n. 16, p. 31-44, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/103>. Acesso em: 7 jun. 2024.

Em sentido análogo, ao defender a utilização de um método compartilhado na solução de processos estruturais perante o STF, viabilizando o diálogo entre os envolvidos, Carvalho afirma que “a função da Advocacia-Geral da União deve ter protagonismo na defesa da visão dos entes da Administração Pública trazendo suas dificuldades e a possibilidade de tratamento da política a ser desenvolvida”³⁰.

No que talvez seja o único trabalho empírico atualmente publicado sobre o tema, Andrade conduziu e catalogou entrevistas com membros da Advocacia-Geral da União, com atuação contenciosa e consultiva, as quais versaram “sobre a dinâmica processual, sobre seu próprio papel nesse processo, bem como a respeito do comportamento e das dificuldades da Administração Pública diante dos comandos judiciais”³¹. Trata-se de abordagem inovadora, que compõe a necessária agenda de pesquisa sobre o papel da Advocacia Pública no diálogo entre o Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública nos processos estruturais.

Dessa forma, é necessário considerar o singular papel desempenhado pelos advogados públicos nos processos estruturais, especialmente aqueles em curso perante o STF, e as posturas diversas exigidas desses profissionais na fase de conhecimento (antes da formação do título) – em que atuam preponderantemente na defesa das políticas existentes – e na fase de cumprimento – em que atuam sobretudo como interlocutores entre os poderes responsáveis pela implementação de decisões estruturais.

Com o olhar voltado para essa temática, o presente trabalho pretende contribuir para a agenda de pesquisa sobre os desafios da Advocacia Pública na atuação em processos estruturais, lançando reflexões em dois grandes eixos: os princípios da demanda e da congruência no processo estrutural, em que se debatem balizas processuais para a defesa e participação dos entes públicos até a formação do título estrutural; e, em um momento posterior, os elementos dificultadores do cumprimento de decisões dessa espécie, item em que são debatidos aspectos práticos contemplando limitações institucionais e causas da deficiência na interlocução plena com a Administração Pública.

³⁰ CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O reflexo da atuação do Poder Judiciário na eficiência dos “processos estruturais”**. 2023. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/24bce874-c220-43b1-9732-61ec150f8e1f>. Acesso em: 7 jun. 2024.

³¹ ANDRADE, Izabel Vinchon Nogueira de. **A política pública de atenção à saúde dos povos indígenas: atuação da jurisdição constitucional por meio do processo estrutural**. 2023. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023. p. 9. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/a6330628-fd65-4164-a6ea-a4fa2f5f3a88>. Acesso em: 7 jun. 2024.

Com isso, intenciona-se contribuir para o preenchimento de uma relativa lacuna nos estudos do processo estrutural, assim como com sugestões de práticas processuais que viabilizem a realização do papel da Advocacia Pública na formação de títulos estruturais aderentes às possibilidades administrativas e, subsequentemente, na efetivação de seu cumprimento.

3. Os princípios da demanda e da congruência no processo estrutural

É comum observar, em trabalhos acadêmicos publicados no Brasil sobre o processo estrutural, afirmações no sentido de que a adoção desse tipo de processo exige a releitura de institutos tradicionais do direito processual. São objetos frequentes de semelhantes assertivas os princípios da demanda e da congruência, em relação aos quais diversos juristas sustentam a necessidade de que sejam repensados³², atenuados³³ ou flexibilizados³⁴. A justificativa geralmente apresentada para embasar essas alegações pode ser sintetizada no entendimento de que a rígida estrutura do processo tradicional, embora sirva razoavelmente bem para os litígios privados, não costuma fornecer soluções adequadas aos litígios estruturais, que se notabilizam por sua fluidez e mutabilidade³⁵.

Ainda que fundamentada no direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, a pretendida releitura dos princípios mencionados suscita desafios que não devem ser desconsiderados. A reconstrução interpretativa de postulados que há muito estão consolidados na cultura jurídica brasileira enfrenta a esperada resistência da tradição e da inércia. A presente seção do artigo não se dedica, entretanto, a questionar a tese da necessária flexibilização dos princípios da demanda e da congruência a partir de uma perspectiva dogmática que conceba tais preceitos como

³² MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 111, n. 1046, p. 127-145, dez. 2022.

³³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

³⁴ MATOS, Luísa Carolina de Souza. A necessidade da flexibilização de institutos do Código de Processo Civil para a resolução de litígios estruturais. *Revista Caderno Virtual*, v. 2, n. 51, p. 216-245, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5898>. Acesso em: 7 jun. 2024.

³⁵ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

inquestionáveis ou imutáveis, cuja superação demandaria providência normativa abrupta, a exemplo de uma modificação legislativa³⁶. Nossa pretensão consiste, na verdade, em confrontar a alegada necessidade de reconstrução desses preceitos com imperativos decorrentes de outros postulados processuais e constitucionais, de modo a avaliar se determinadas medidas de flexibilização concorrem, de fato, para a promoção de uma tutela jurisdicional adequada ou se constituem, de modo diverso, elementos de precarização ou mesmo de desnaturação do que se concebe por processo justo.

Essa avaliação adotará como ponto de partida a prática desenvolvida pelo STF a respeito dos processos estruturais, em especial daqueles que já tiveram seu mérito julgado pela Corte. Além disso, serão enfocados os pronunciamentos judiciais que trataram especificamente de aspectos concernentes à sugerida necessidade de flexibilização dos princípios da demanda e da congruência, os quais foram identificados por meio de investigação empírica de natureza qualitativa.

O primeiro pronunciamento judicial a ser destacado consiste em decisão monocrática proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 60, datada de 28/06/2020³⁷. Essa ação fora ajuizada como ADO pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) para questionar “a omissão inconstitucional da UNIÃO ao não adotar providências de índole administrativa objetivando o funcionamento do ‘FUNDO CLIMA’”³⁸.

Na fundamentação da peça exordial desse processo, o PSB relata que a União Federal estaria descumprindo deveres estipulados em leis e decretos federais que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, o que implicaria afronta ao dever constitucional de preservação do meio ambiente imposto ao Poder Público. Segundo o autor, a Lei n. 12.114/2009 prevê os recursos que devem compor esse fundo e como sua aplicação deve ser realizada. Por sua vez, o Decreto n. 9.578/2018,

³⁶ Conforme esclarece Viehweg, um sistema dogmático que pretenda sustentar um esquema de ação com fundamentação sistemática deve conjugar uma doutrina básica unificante com a possibilidade de intervenções complementares e interpretativas, de modo a conferir certa flexibilidade hermenêutica aos seus dogmas (VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997).

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343625717&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

³⁸ PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO. [Petição inicial nº 40741 recebida em 05/06/2020, às 9:57:26]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. p. 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752893087&prcID=5930776#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

ao consolidar as normas editadas pelo Poder Executivo federal sobre o fundo mencionado, impõe ao Ministério do Meio Ambiente a elaboração de plano anual de aplicação dos recursos que o compõem. Ao final, o PSB pediu o reconhecimento da omissão inconstitucional praticada pelo Poder Público em razão de “[...] não dar andamento ao funcionamento sistemático do FUNDO CLIMA, seja pela não liberação dos recursos autorizados na lei orçamentária, seja pela não apresentação do Plano Anual de Aplicação de Recursos [...]”³⁹.

Após despachar o processo, o Min. Luís Roberto Barroso converteu-o na ADPF n. 708 e suscitou a possibilidade de caracterização de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental no Brasil, o que justificaria a convocação de audiência pública para produzir uma espécie de relato oficial sobre o tema.⁴⁰ Para sustentar sua decisão, discorreu sobre diversos atos e omissões do governo federal que teriam ocasionado o progressivo esvaziamento das políticas públicas brasileiras em matéria ambiental, tais como: a extinção de órgãos e colegiados do Poder Executivo federal incumbidos de funções relacionadas ao meio ambiente; a transferência de atribuições de preservação ambiental para órgãos que poderiam privilegiar interesses divergentes; a substituição de servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente por pessoas supostamente descomprometidas com as causas ambientais; a manifesta hostilidade praticada em relação a organizações não governamentais voltadas à proteção do meio ambiente; e a perseguição praticada contra agentes da fiscalização ambiental. Diante disso, o Min. Barroso vislumbrou um estado de coisas que envolvia não apenas o conjunto das políticas públicas de promoção do direito de todos a um meio ambiente saudável, mas que também impactaria um amplo conjunto de direitos fundamentais previstos nos arts. 5º, 6º, 7º, 23, 215, 216 e 231 da Constituição, além do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Desse modo, uma ADO ajuizada com o objetivo de impelir o Ministério do Meio Ambiente a liberar recursos já contemplados no orçamento federal e a elaborar um plano anual previsto em decreto foi transformada em uma ADPF com potencial para provocar uma mudança estrutural no conjunto das políticas públicas ambientais brasileiras. Em outros termos, sinalizou-se para a instauração de um processo estrutural sem que houvesse pedido expresso do autor nesse sentido, em descompasso com o princípio da demanda, segundo o qual apenas a parte tem o poder de

³⁹ PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO. [Petição inicial nº 40741 recebida em 05/06/2020, às 9:57:26] p. 37-38.

⁴⁰ STF, ADO 60/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 28 jun. 2020. p. 5, p. 13.

instaurar o processo⁴¹. No caso, embora o PSB tenha ajuizado a ação, sua conversão em processo estrutural alteraria substancialmente o objeto da causa, tornando-o muito mais amplo do que o objeto originalmente delimitado pelo autor. Talvez por conter pedido de elaboração de plano, além de singela menção à ADPF n. 347 na fundamentação do seu pleito cautelar de descontingenciamento de recursos do Fundo Clima, o STF tenha interpretado a pretensão autoral como equivalente à de instauração de um processo estrutural. Conforme já salientado, entretanto, ambos os deveres de elaboração de plano e de aplicação de recursos do Fundo Clima têm expressa previsão na legislação infraconstitucional, cujo cumprimento depende da mera prática de atos administrativos infralegais ou concretos, sendo desnecessária, para tanto, a ampla reorganização estrutural das políticas públicas ambientais.

A dilatação do objeto da causa ensaiada na referida decisão monocrática foi questionada nos autos pela Advocacia-Geral da União (AGU). Em sede preliminar, a AGU sustentou não ser razoável a tendência de expandir o objeto da ação para um contexto mais amplo de controle judicial de um estado de coisas inconstitucional, capaz de ensejar “[...] interferência em políticas públicas ou escolhas orçamentárias, mormente quando a pretensão dos autores, no caso específico, mostra-se voltada à impugnação de um objeto bem delimitado, relativo à gestão financeira e operacional do FUNDO CLIMA”⁴².

No acórdão que julgou procedente a ADPF n. 708, o voto condutor se limitou a acolher os pedidos veiculados na petição inicial⁴³. Nessa linha, declarou a omissão da União configurada pela ausência de alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes ao exercício de 2019, bem como determinou que o ente central não deixasse de fazer funcionar o referido fundo ou de dar destinação aos seus recursos, além de vedar o contingenciamento das receitas que o integram. Em relação ao conjunto das políticas públicas ambientais, o Relator optou por descrevê-lo na

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 40, n. 244, p. 195-205, jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.08.PDF. Acesso em: 7 jun. 2024.

⁴² BRASIL. Advocacia-Geral da União. [Petição de apresentação de manifestação nº 59246, de 31 de julho de 2020, às 18:41:20]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 31 de julho de 2020. p. 19. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753377079&prcID=5951856#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

fundamentação de seu voto, sob a consideração de que o contexto mais amplo em que se apreciava o caso deveria ficar registrado para as futuras gerações. Assim, embora não o tenha reconhecido expressamente, o voto condutor do Min. Barroso parece ter acatado o questionamento da AGU. Ao fim e ao cabo, o STF retomou a boa técnica processual no julgamento da ADPF n. 708, de modo a afastar o risco de afronta aos princípios da demanda e da congruência que havia sido gerado anteriormente.

Se esse risco acabou não se concretizando na ADPF mencionada, isso não significa que se possa negligenciá-lo. Em ocasiões anteriores, o STF já havia proferido decisões estruturais em processos destituídos de uma iniciativa processual adequada para tanto. Refere-se, notadamente, aos julgamentos prolatados na Petição n. 3.388 e no HC n. 143.641, que serão brevemente descritos na sequência.

A Petição n. 3.388, conhecida como caso Raposa Serra do Sol, foi apresentada ao STF no ano de 2005, quando ainda praticamente não se falava de processo estrutural no Brasil, mas a decisão que julgou seu mérito tem sido classificada como estrutural⁴⁴. De iniciativa individual de um Senador da República, a petição tinha como objetivo questionar o modelo contínuo adotado na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O autor pediu, portanto, a declaração da nulidade de portaria editada pelo Ministro da Justiça que ratificara, concretamente, a declaração de posse permanente de determinados grupos indígenas sobre a área então demarcada. Sua alegação era de que o processo administrativo de demarcação estaria eivado de vícios, tais como a ausência de oitiva de todos os interessados na demarcação e a parcialidade da profissional responsável pelo laudo antropológico que a embasara⁴⁵.

O relatório lançado no acórdão conduzido pelo Min. Ayres Britto esclarece que, após a União apresentar suas razões finais como requerida nesse processo, o Estado de Roraima peticionou requerendo seu ingresso no feito, na condição de autor, com o fim de defender seu patrimônio. Para tanto, apresentou novos pedidos além daquele veiculado na petição inicial, os quais seriam aplicáveis a quaisquer demarcações de terras indígenas, tais como: a adoção do modelo descontínuo de demarcação;

⁴⁴DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 7 jun. 2024.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 3.388/RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 10 jun. 2024.

e a exclusão, das áreas demarcadas, das sedes de Municípios e da faixa de fronteira, bem como de rodovias estaduais e federais, além de outras áreas afetadas a finalidades específicas. Conforme destacado pelo Min. Ayres Britto, tais postulações foram apresentadas pelo Estado de Roraima como causas de pedir, embora desbordassem do pedido autoral por pretenderem alcançar outras demarcações⁴⁶.

Embora a União tenha solicitado o desentranhamento dos autos da manifestação do Estado de Roraima, o STF decidiu, já no acórdão que julgou o processo, admitir o ingresso desse ente estadual na condição de assistente do autor. Aquilo que havia sido apresentado como simples causas de pedir por um terceiro interveniente acabou sendo acolhido na fundamentação do voto condutor do acórdão que julgou parcialmente procedente a ação e, posteriormente, transformado em parte do dispositivo desse julgado. A justificativa fornecida para essa súbita transformação foi de que, dada a superlativa importância histórico-cultural da causa, a decisão então tomada certamente consolidaria o entendimento do STF sobre o procedimento demarcatório com repercussão para os processos futuros⁴⁷.

Desse modo, o STF considerou pertinente estabelecer as chamadas condicionantes ou salvaguardas institucionais, que objetivavam compatibilizar os direitos das populações indígenas com outros direitos e interesses relacionados às terras por elas ocupadas. Trata-se de cláusulas redigidas no formato típico de normas abstratas e, como reconhecido pelo STF, também direcionadas ao futuro, embora não sejam “[...] representativas de precedente, a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, bem como espriar seus efeitos de forma automática à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios”.⁴⁸ Tudo isso por iniciativa de um assistente admitido nos autos por ocasião do julgamento do processo, ao passo que a petição inicial somente postulava o reconhecimento da nulidade de uma portaria de caráter concreto (excetuado, tão somente, seu art. 5º) do Ministério da Justiça.

O segundo caso de decisão estrutural não precedida por iniciativa processual adequada é verificado no HC n. 143.641, impetrado por membro de um coletivo de advogados em direitos humanos que postulava a revogação das medidas de prisão

⁴⁶ STF, PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19 mar. 2009.

⁴⁷ STF, PET 3.388/RR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19 mar. 2009.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de setembro de 2023. p. 8-9. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498>. Acesso em: 5 jun. 2024.

preventiva decretadas contra todas as gestantes, puérperas e mães de crianças sob sua responsabilidade ou a substituição dessas medidas preventivas por sua prisão domiciliar. Após receber do Procurador-Geral da República parecer contrário ao conhecimento do HC coletivo, o Relator do processo, Min. Ricardo Lewandowski, determinou a intimação do Defensor Público-Geral Federal para que esclarecesse acerca de seu eventual interesse de atuar no feito. Diante da resposta positiva por parte do chefe da Defensoria Pública da União, o Min. Lewandowski transferiu-lhe, no próprio voto condutor do acórdão que concedeu a ordem, a titularidade da impenetração, sob o fundamento de que a legitimidade ativa relacionada ao HC coletivo deveria ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei n. 13.300/2016, que trata do mandado de injunção coletivo⁴⁹.

Superadas as questões preliminares suscitadas pelo Procurador-Geral da República, o STF declarou a existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças estariam cumprindo prisão preventiva em estado degradante. Reconheceu, também, a incapacidade de o Estado brasileiro assegurar cuidados mínimos relacionados à maternidade. Diante disso, o Plenário decidiu pelo acolhimento do *writ*, “[...] de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais”⁵⁰. A ordem concedida envolveu determinações dirigidas a todos os juízes responsáveis pela realização de audiências de custódia, bem como àqueles perante os quais se processam ações penais com mulheres presas preventivamente; ao Conselho Nacional de Justiça; e ao antigo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Além disso, a decisão motivou a edição da Lei n. 13.769/2018, que passou a prever como obrigatória a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em relação às mulheres gestantes e às mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenham cometido crime com violência, com grave ameaça ou contra seu filho ou dependente, ao lado de outras hipóteses legais em que a substituição da prisão preventiva por domiciliar já era prevista no Código de Processo Penal, mas como mera possibilidade a ser aplicada pelo juiz⁵¹.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵⁰ STF, HC 143.641/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20 fev. 2018. p. 6.

⁵¹ Confira-se, a propósito, o teor do Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018, cuja aprovação originou a Lei n. 13.769/2018. Na justificativa que acompanhara a referida proposição, havia expressa menção ao julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018**.

Esse abreviado relato acerca da Petição n. 3.388 e do HC n. 143.641 revela que, diferentemente do recuo observado na ADPF n. 708, o STF já proferiu decisões estruturais em processos que não haviam sido deflagrados com esse objetivo. Nesses dois casos, a conversão das causas em processos estruturais somente ocorreu no momento da realização dos respectivos julgamentos, em que foram definidas questões processuais cruciais para seu conhecimento, tais como a inclusão de novos pedidos formulados por um terceiro no objeto da ação e a transferência da titularidade do polo ativo para parte diversa das signatárias da petição inicial. A prolação de decisões estruturais nesses processos somente foi possível, portanto, em razão de modificações substanciais em seus objetos, as quais foram provocadas por terceiros e admitidas formalmente pelo STF quando tais processos já se aproximavam do fim.

Para viabilizar a prolação de decisões estruturais nesses processos, o STF precisou flexibilizar os princípios da demanda e da congruência de maneira drástica. À primeira vista, a relativização desses princípios pode parecer facilmente justificável diante do nobre objetivo de propiciar tutela jurisdicional adequada aos grupos sociais envolvidos; afinal, trata-se de normas processuais de sede infraconstitucional, as quais podem ceder diante de preceitos constitucionais reputados mais adequados para a solução dos casos concretos. Não obstante, a relativização de tais princípios processuais assume especial relevância quando se destina a propiciar a edição de decisões estruturais, uma vez que pode ensejar afronta ao princípio da separação de poderes.

De fato, embora a jurisprudência do STF tenha sedimentado a admissibilidade do controle judicial de políticas públicas, semelhante intervenção deve ser realizada com parcimônia, impondo-se ao Judiciário a observância do dever de autocontenção nessa seara. Caso o Poder Judiciário se considerasse autorizado a proferir decisões estruturais de ofício, haveria risco à própria existência dos poderes estatais como instâncias separadas e independentes, o que pressupõe a delimitação de esferas distintas de atuação para cada um deles⁵². De modo semelhante, a prolação de decisão estrutural sem que haja pedido correspondente do autor da ação e sem que fique claro, para os demais envolvidos, o caráter estrutural do processo, a exemplo do que ocorreu na Petição n. 3.388 e no HC n. 143.641, contraria o princípio da separação

Brasília: Senado Federal, 2018. Autoria do projeto: Senadora Simone Tebet (PMDB/MS). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1630422373943&disposition=inline>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

de poderes, além de não assegurar o direito fundamental ao contraditório aos responsáveis pelo cumprimento das medidas estruturais.

Diversamente do que se verificou na Petição n. 3.388 e no HC n. 143.641, bem como da alteração de objeto ensaiada na ADPF n. 708, a caracterização de um processo como estrutural deve ser realizada, de maneira clara, pelo autor da ação, logo no momento de sua propositura, de modo a viabilizar o contraditório a respeito do litígio estrutural. Nessa linha, o Fórum Permanente de Processualistas Civis recomenda, em seu repertório de boas práticas processuais, que o autor de um processo estrutural destaque essa natureza do feito já na peça inaugural, visto que essa especificidade deve condicionar sua condução desde o início⁵³. Caso determinado processo não seja instaurado como estrutural, a atribuição superveniente dessa característica deve derivar da iniciativa do autor da ação, e não do órgão competente para julgá-lo; além disso, será necessário refazer o contraditório, nos termos do art. 329 do Código de Processo Civil, o que praticamente equivale ao ajuizamento de nova ação.

Para concluir esta seção, é oportuno revisitar outra ADPF estrutural que também contempla decisões relevantes a respeito dos princípios processuais da demanda e da congruência, em especial quanto a um de seus corolários mais relevantes, consistente no dever processual de formular pedido certo e determinado⁵⁴. Refere-se à ADPF n. 347, reconhecida como a primeira arguição processada pelo STF como um processo declaradamente estrutural, que trata do estado de coisas inconstitucional verificado acerca do sistema penitenciário brasileiro.

Proposta por iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade, a petição inicial da ADPF n. 347 já declara, logo em sua primeira página, o objetivo autoral de obter o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, o arguente postulou a adoção de diversas providências listadas ao final de sua peça, tendentes a superar o referido estado de coisas, dentre as quais se incluem a elaboração de planos nacionais, estaduais e distritais capazes de conduzir o Estado brasileiro à concretização desse objetivo; e medidas bastante específicas

⁵³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 11., 2022, Brasília. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC 2022. **Diário Processual**: direito processual civil dia a dia, Manaus, 2022. Notícias. p. 95. Disponível em: <https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁵⁴ MONTEIRO NETO, João Pereira. Pedido genérico: reflexões à luz do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 40, n. 243, p. 59-80, maio 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.04.PDF. Acesso em: 7 jun. 2024.

ou concretas, tais como o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de custódia e mutirões carcerários⁵⁵.

Depois de proferida a decisão que deferiu parcialmente os pedidos de medida cautelar formulados pelo arguente, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, admitido no processo como *amicus curiae*, apresentou pedido de medida cautelar incidental, em que se incluíam medidas adicionais àquelas já postuladas na petição inicial. Embora as providências cautelares pleiteadas pelo *amicus curiae* fossem relacionadas à matéria debatida na petição inicial, o STF considerou inviável seu conhecimento em decisão específica sobre o pedido de tutela incidental, pois, além de terem sido formuladas por entidade destituída de legitimidade ativa, a ampliação do objeto fixado na inicial afrontaria os postulados da certeza e da determinação do pedido. Nos termos do voto condutor proferido pelo Min. Alexandre de Moraes, o STF nem sequer admitiu emitir uma espécie de conclamação para que os juízes de execução analisassem a viabilidade das providências demandadas pelo *amicus curiae*. Essa exortação aos juízes de execução foi considerada, pelo Plenário, como uma indevida ampliação de ofício do objeto da ADPF, que havia sido delimitado, de forma taxativa, na petição inicial. Nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, “[...] não podemos, a meu ver, permitir que determinada ADPF possa solucionar todos os problemas. [...] Uma das grandes e poucas limitações do controle abstrato é a Corte Suprema ou o Tribunal Constitucional ficar adstrito ao pedido”⁵⁶.

Coerente com essa premissa, o Plenário do STF, ao julgar o mérito da ADPF n. 347, não desbordou relevantemente dos limites fixados pela petição inicial, a não ser quanto a dois pontos que se afiguram secundários: a ligeira ampliação dos prazos estipulados para a elaboração dos planos e a inclusão de departamento do Conselho Nacional de Justiça, ao lado da União, como responsável pela elaboração do plano nacional⁵⁷. Em outros termos, a postura adotada pelo STF na ADPF n. 347 não descuro dos princípios da demanda e da congruência, mas, de modo diverso, serve de

⁵⁵ PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. [Petição nº 26374, 27 de maio de 2015, às 12:13]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵⁷ STF, ADPF 347/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, j. 4 out. 2023.

argumento contrário à tese doutrinária de necessária flexibilização desses princípios em sede de processo estrutural.

Diante dessa sucinta análise dos pronunciamentos judiciais exarados na ADPF n. 347, na ADPF n. 708, na Petição n. 3.388 e no HC n. 143.641, é possível traçar um quadro mais preciso a respeito do tratamento que o STF vem conferindo aos princípios da demanda e da congruência nos processos estruturais de sua competência. Uma primeira constatação é de que a jurisprudência do STF carece de consistência sobre o assunto⁵⁸. Nos julgamentos mais recentes, proferidos em sede de ADPF, o STF não admitiu a drástica flexibilização aos princípios da demanda e da congruência que viabilizara a prolação das decisões estruturais na Petição n. 3.388 e no HC n. 143.641, mantendo-se vinculado à concepção tradicional desses preceitos.

Seguindo a linha de interpretação prestigiada nas ADPFs referidas e acrescentando-lhe corolários que nos parecem compatíveis com suas premissas, consideramos que a elaboração de pedido estrutural em termos específicos ou pormenorizados deve inibir o acréscimo de pedidos supervenientes, bem como vincular a atividade do julgador aos seus limites estritos. Por conseguinte, caso semelhante pedido preciso seja julgado procedente, o responsável pelo seu atendimento deverá cumpri-lo também estritamente⁵⁹. Por outro lado, caso o pedido estrutural seja formulado em termos amplos ou genéricos, a exemplo de pleito pela elaboração e implementação de um plano de reorganização institucional, a decisão que o julgar procedente também deverá ser proferida em termos amplos ou genéricos, de modo a deixar sua especificação a cargo dos órgãos responsáveis por seu cumprimento. Deve ser atribuído a esses órgãos, e não ao órgão julgador ou a um terceiro por este nomeado, o protagonismo quanto ao detalhamento do plano⁶⁰.

⁵⁸ O postulado da consistência é extraído do conceito sistêmico de justiça sustentado por Niklas Luhmann, de acordo com o qual são consideradas justas as decisões que selecionam consistentemente entre casos iguais e casos desiguais, ou seja, que estão localizadas no contexto de outras decisões e se orientam de acordo com aquilo que se trate como igual ou desigual na rede recursiva da reprodução de decisões no sistema. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

⁵⁹ Conforme alerta Vitorelli, “o pedido específico cria um freio para a cognição e para os debates, de sorte que apenas a temática inicialmente proposta acabará sendo debatida, o que pode não ser o melhor caminho”. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. p. 279.

⁶⁰ Essa compreensão está de acordo com as teses fixadas pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 684.612, que tratou do tema 698 da repercussão geral. Na oportunidade, assentou-se a admissibilidade da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, notadamente em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, devendo “[...] a decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, [...] apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 684.612/RJ*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão:

Em ambos os casos (pedidos genéricos ou específicos), eventual modificação ou aditamento ao pedido original deve depender, necessariamente, da observância ao contraditório, a espelhar o resguardo do núcleo essencial das garantias processuais do Poder Público. É admissível dispensar a aquiescência do requerido, geralmente exigida pelo art. 329 do Código de Processo Civil, caso o pedido inicial seja genérico e a pretensão superveniente consista em mera especificação de algum ponto já contido no plano demandado. Não se deve admitir, em nenhuma hipótese, que o responsável pelo cumprimento da decisão estrutural seja surpreendido pela criação de um processo desse tipo de ofício ou pela imposição de medidas sobre as quais não tenha tido a oportunidade de se manifestar especificamente, sob pena de supressão de prerrogativas basilares do devido processo legal.

4. Elementos dificultadores do cumprimento do título judicial estrutural

Formado o título estrutural, em sede cautelar ou definitiva, inicia-se a fase de cumprimento. Tratando-se de pedidos genéricos, como tem ocorrido na prática mais recente do STF, passam a ser adotadas e monitoradas medidas tendentes à elaboração de plano ou planos de ação e à implementação das medidas neles previstas. Em diálogo com o que Andrade chamou de “elementos facilitadores”⁶¹ no cumprimento das ordens judiciais de natureza estrutural, a presente seção se destina a apontar, a partir da experiência da Advocacia Pública, algumas práticas dos processos estruturais que podem servir como “elementos dificultadores” da efetivação das decisões proferidas.

Nessa fase processual, também deve-se levar em consideração uma variação do princípio da congruência, que é a necessidade de que sejam observados os limites do título judicial estrutural. Essa observância, especialmente no cumprimento de tutelas estruturais proferidas em resposta a pedidos genéricos, é essencial para o respeito ao âmbito de atuação dos Poderes⁶² e para assegurar que a atuação do Poder Judiciário seja adstrita ao quanto lhe foi submetido pelas partes. Isso também deve ser estendido, quando se trata de controle concentrado, ao reconhecimento de

Min. Luís Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁶¹ ANDRADE, Izabel Vinchon Nogueira de. **A política pública de atenção à saúde dos povos indígenas: atuação da jurisdição constitucional por meio do processo estrutural**. p. 9.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 763.

que pedidos na fase de cumprimento devem ser reservados aos autores da ação ou, quando muito, a outros legitimados à instauração do controle.

Nesse sentido, um primeiro elemento dificultador é a expansão indeterminada dos chamados provimentos em cascata. Como afirma Arenhart, “é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam”⁶³. Isso, contudo, não pode significar a possibilidade de abrir-se o objeto da ação indefinidamente e após o proferimento do título estrutural colegiado pelo STF.

Um exemplo desse alargamento pode ser identificado na Petição n. 9.698⁶⁴, instaurada para acompanhar o cumprimento do plano homologado na ADPF n. 742, que trata da proteção territorial quilombola no contexto de proteção à saúde na pandemia de Covid-19. Quanto ao tema específico, havia prevalecido o voto do Min. Edson Fachin, que acolheu o pedido de suspensão dos “processos judiciais, notadamente ações possessórias, reivindicatórias de propriedade, imissões na posse, anulatórias de processos administrativos de titulação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais das comunidades quilombolas”⁶⁵, até o término da pandemia.

O provimento colegiado do STF foi complementado, monocraticamente, pela decisão de 19/03/2021, que acolheu embargos de declaração opostos pela CONAQ como pedido cautelar, esclarecendo as providências a cargo da União sobre proteção territorial, as quais estavam relacionadas ao “controle de entrada nos territórios por terceiros considerado isolamento social comunitário”⁶⁶. Posteriormente, na decisão proferida em 26/05/2021, determinou-se que a Petição n. 9.698 se ocupasse do seguinte tema: “detalhamento das ações de controle de acesso aos territórios, informando como está procedendo à comunicação e publicidade, comprovando a medida

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. p. 394.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 9.698/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349556542&ext=.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755703996>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 19 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345974962&ext=.pdf>. Acesso: 10 jun. 2024.

e disponibilizando os documentos aos membros do grupo de trabalho”. Esse item está claramente ligado ao capítulo decisório anteriormente transcrito e se relaciona com pedidos formulados na petição inicial sobre o tema⁶⁷.

Apesar disso, em 23/08/2021, foi proferida decisão monocrática na Petição n. 9.698, impondo-se à União medidas relacionadas a políticas públicas permanentes de titulação de comunidades quilombolas, a exemplo da apresentação, em quinze dias, de “metas e cronogramas concretos para a finalização dos processos de titulação, com incremento significativo de RTIDs⁶⁸ elaborados mensalmente”⁶⁹, inclusive com incremento orçamentário que permitisse a conclusão de processos de titulação e desintrusão.

A União interpôs Agravo Regimental contra parcela das determinações da referida decisão, o qual ainda não foi julgado. Apesar disso, considerada a devolução dos temas ao Plenário do STF no recurso, o monitoramento prosseguiu, até o momento, apenas quanto aos itens não impugnados. Além disso, a requerente formulou, posteriormente, um pedido relacionado à abertura de procedimentos de auditoria em processos de titulação de territórios quilombolas, tendo o Relator, na decisão proferida em 03/02/2022, considerado que o referido requerimento “excede a determinação do título colegiado”⁷⁰. Essa espécie de estabelecimento de balizas para os provimentos em cascata é necessária para que o processo estrutural não se converta em uma vigilância judicial perpétua das políticas públicas.

Outros elementos não relacionados ao princípio da congruência podem ser identificados como dificultadores da atuação da Advocacia Pública na fase de cumprimento dos títulos estruturais, o que comumente resulta em óbices ou inconsistências no atendimento ao Poder Judiciário.

⁶⁷ V., nesse sentido, os pedidos formulados nos itens 1.6 e 4 do parágrafo 227 da petição inicial. COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS. [Petição inicial nº 73417, 9 de setembro de 2020, às 7:28]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 26 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753777991&prclID=6001112#>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁶⁸ RTID é o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, uma etapa necessária no processo de titulação de terras quilombolas.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 9.698/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347445580&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁷⁰ STF, PET 9.698/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3 fev. 2022.

Para isso, é necessário levar em consideração que, assim como o processo estrutural é geralmente entendido como bifásico⁷¹, também a postura dos atores nele envolvidos, inclusive dos advogados públicos, sofre alterações ao longo de seu desenrolar. A percepção dessa dualidade foi documentada na mencionada pesquisa empírica conduzida por Andrade, em que um dos entrevistados mencionou que, “uma vez aceita a ação estrutural, esse papel de resistência se encerra, tornando-se mais marcante o desempenho de uma função colaborativa com o Poder Judiciário e com os órgãos públicos (E5)⁷²”, o que “exige do advogado público o desenvolvimento de habilidades interpessoais, além das jurídicas (E5)⁷³”.

Dessa maneira, uma vez proferida a tutela estrutural, especialmente quando se trata de sentenças em resposta a pedidos genéricos, o advogado público passa a compor, de forma ainda mais evidente, o corpo dialógico de profissionais necessário à elaboração e ao cumprimento dos planos de ação. Sendo assim, além de eventuais incongruências com as decisões estruturais a serem cumpridas, outros elementos processuais podem ser considerados como dificultadores desse papel de interlocução, como se passa a ilustrar.

Como se sabe, quando se trata de litígios estruturais, é frequente que os problemas enfrentados sejam históricos, e que a sua solução dependa de diversas medidas a serem adotadas, geralmente, por órgãos ou entidades distintos. Assim, a fixação de prazos muito curtos para a implementação de obrigações complexas pode ser identificada como elemento dificultador no cumprimento das decisões estruturais.

Algumas vezes, o estabelecimento de períodos exíguos para a implementação de medidas está aliado a um outro ponto dificultador, que é a fixação de metodologias complexas para o acompanhamento de indicadores de implementação dos planos. Neste ponto, também podemos nos valer da experiência da ADPF n. 709, em que houve, durante um período considerável, exigência de três monitoramentos paralelos:

⁷¹ Nesse sentido, de acordo com Silva, processos desse tipo têm uma fase cognitiva ou declaratória e uma fase remedial, em que há a implementação do título. Para o autor, essa segunda fase “[...] é, a toda evidência, a que pode causar real tensão com o princípio da separação de poderes e que, tanto na Colômbia e como nos EUA, autoriza, por disposição expressa de lei, a retenção da jurisdição, bem como a adoção de remédios fortes, com prazo determinado, impacto alocativo e substituição da vontade dos poderes eleitos.” (SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020. p. 202-203).

⁷² A sigla “E5” se refere ao quinto entrevistado na referida pesquisa empírica.

⁷³ ANDRADE, Izabel Vinchon Nogueira de. **A política pública de atenção à saúde dos povos indígenas: atuação da jurisdição constitucional por meio do processo estrutural**. 2023. p. 75.

os relatórios trimestrais, com diversos indicadores; planilhas quinzenais com dados sobre os PIIRC debatidos na Sala de Situação Nacional; e os relatórios operacionais do Plano Sete Terras Indígenas (Petição n. 9.585). Essas linhas paralelas de atuação exigiram adaptações das equipes do Ministério da Saúde a métodos e prazos distintos de controle, o que dificultava a verificação da evolução nos indicadores.

Em linha semelhante de ideias, Fachin e Schinemann asseveram ser necessário, nas decisões que interferem no orçamento público, considerar os possíveis prejuízos sobre outras medidas. Veja-se:

A proporcionalidade impõe ao Juiz a consideração da adequação e das possibilidades de cumprimento da decisão proferida. Especialmente quando a condenação recai sobre o orçamento público, a decisão deve considerar a potencialidade de o provimento em questão prejudicar a promoção e proteção de direitos que estão sendo levadas a cabo por outras medidas, igualmente dependentes de recursos do Estado⁷⁴.

Uma outra metodologia de monitoramento geral foi adotada na ADPF n. 742, sobre saúde das comunidades quilombolas na pandemia de Covid-19, em que foi montado, pelo Poder Executivo, um painel público de *Power BI* e instituído um grupo de trabalho sobre o tema. Além disso, na ADPF n. 742, por meio da decisão proferida em 26/05/2021, anteriormente mencionada, o Min. Edson Fachin determinou a autuação de quatro processos distintos da classe Petição para tratar, respectivamente, do plano de vacinação (Petição n. 9.696); do que se chamou de “questões sanitárias” (Petição n. 9.697); da proteção territorial (Petição n. 9.698); e da segurança alimentar e do fornecimento de água potável (Petição n. 9.700).

Essa forma de acompanhamento tem a vantagem de permitir o monitoramento apartado dos eixos indicados no plano. Por outro lado, pode ocasionar, em determinadas circunstâncias, um aprofundamento ou ampliação indeterminada do objeto do título judicial estrutural, incorrendo na circunstância de desbordar dos limites da decisão a ser cumprida.

⁷⁴FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 212-246, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 7 jun. 2024.

Um último elemento dificultador que pode ser levantado é a concomitância de processos estruturais sobre a mesma matéria, o que pode gerar a vinculação de órgãos da Administração Pública a ordens judiciais distintas, incidentes sobre a mesma questão fática ou jurídica, com sobreposição de prazos e exigências diversas. No âmbito da ADPF n. 709, como se extrai da decisão monocrática proferida em 23/08/2021, a concomitância de ação civil pública sobre extrusão na Terra Indígena Yanomami, em curso na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Roraima, fez com que o próprio juízo do referido órgão encaminhasse ofício ao STF, questionando se haveria decisões conflitantes nos dois processos.

Em resposta, o Relator considerou não haver conflito, pois a ADPF n. 709 seria “processo objetivo, voltado à proteção dos povos indígenas em geral em face da pandemia, ao passo que a ação civil pública em questão constitui processo concreto, referente à proteção de uma terra indígena e de um grupo de indígenas em específico”. Além disso, considerou que “as decisões adotadas em favor da TI Yanomami são complementares àquelas determinadas pelo STF. Devem, portanto, ser cumpridas em sua integralidade.” Na referida decisão, também se afirmou que “eventuais ajustes e conciliações entre andamentos e decisões proferidas em processos com pontos em comum podem ser promovidos por meio de diálogo entre magistrados”⁷⁵.

No entanto, a existência de provimentos judiciais estruturais simultâneos e com prazos paralelos incidentes, ainda que parcialmente, sobre o mesmo objeto demanda movimentações administrativas específicas para o seu atendimento, o que, muitas vezes, compromete a eficiência material das políticas públicas e dificulta o endereçamento do problema estrutural, ainda que esteja sob o crivo do Poder Judiciário.

A partir de estudo de caso sobre litigiosidade repetitiva em matéria bancária, Refosco sugere um aperfeiçoamento legislativo no processo coletivo, no sentido da “suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas, determinada de ofício e respeitando-se o prazo máximo de um ano”⁷⁶.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347441887&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁷⁶ REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 314.

Com muito mais razão, tratando-se de concomitância de processos de feição coletiva sobre a mesma matéria, recomenda-se a suspensão daqueles que têm menor espectro ou, no mínimo, a sua atuação efetivamente coordenada, não apenas entre os magistrados, mas também considerando as imposições de obrigação de fazer à Administração Pública.

Endereçar e superar essas dificuldades não significa engessar o processo estrutural, privando-o do experimentalismo, que é, na realidade, o seu trunfo em relação aos demais procedimentos. Não há um mapa predefinido e rígido para a solução de litígios estruturais. Prova disso é que o seu caráter peregrino de novidade tem exigido diversas adaptações na organização institucional dos órgãos neles envolvidos, podendo-se citar exemplos a partir do Poder Judiciário e da Advocacia-Geral da União⁷⁷.

Dessa forma, a viabilização da atuação dialógica da Advocacia Pública, na etapa remedial dos processos estruturais, seria incrementada com uma fase de cumprimento que respeite os limites fixados pelo título judicial estrutural, com medidas congruentes; que estabeleça prazos razoáveis para a Administração Pública, especialmente no cumprimento de obrigações que envolvam múltiplos órgãos e entidades ou ações administrativas complexas; que seja clara e, dentro do possível, simples e organizada quanto ao estabelecimento de metas factíveis e à metodologia de avaliação de indicadores; e, finalmente, que evite a concomitância de processos de feição estrutural incidentes sobre o mesmo objeto ou, ao menos, promova uma efetiva

⁷⁷ No âmbito do Supremo Tribunal Federal, atualmente existe o Núcleo de Ações Estruturais Complexas (NUPEC), vinculado à Presidência da Corte, que, neste momento, acompanha três ações estruturais (STF, ADPF 347/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, 4 out. 2023; STF, ADPF 635/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, 6 jun. 2024; e STF, ADPF 709/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 5 mar. 2024). Ainda não está claro, no entanto, que a atuação desse órgão esteja relacionada apenas a processos de cunho estrutural, a exemplo da notícia de elaboração de nota técnica no RE n. 1.424.451 AgR (STF, RE 1.424.451 Agr Reg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, 30 abr. 2024), interposto pelo Estado do Paraná contra decisão do TJPR que reconheceu o direito dos servidores ao recebimento das diferenças salariais referentes à data-base de 2017 garantida por lei estadual. Além disso, no CNJ, recentemente, foi ampliada a lista das ações possíveis no âmbito da Resolução n. 350/2020 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 350, de 27/10/2020**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>. Acesso em: 10 jun. 2024), que trata sobre cooperação judiciária, o que levou a situações como a participação de um “magistrado consultor” em processos de tribunais diversos, a exemplo do noticiado quanto à atuação de Desembargador do TRF da 6ª Região como consultor em processos em curso em Varas do TJPE (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Desembargador federal Edilson Vitorelli se torna magistrado consultor. **Justiça Federal – Tribunal Regional Federal da 6ª Região**, [2023]. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/desembargador-federal-edilson-vitorelli-se-torna-magistrado-consultor/>. Acesso em: 2 mar. 2024). Na Advocacia-Geral da União, com o intuito de acompanhar a especialização necessária ao acompanhamento dos processos estruturais em curso no STF, a Secretaria-Geral de Contencioso, órgão responsável pela atuação da União perante o Supremo Tribunal Federal, criou, em 2021, o Núcleo Proativo e de Processos Estruturais, que, em 2022, se converteu na Coordenação-Geral de Proativo e Processos Estruturais.

cooperação e coordenação entre os diversos órgãos do Poder Judiciário envolvidos em questões desse tipo.

5. Conclusão

A adoção de processos de natureza estrutural como nova tipologia processual no direito brasileiro representa inquestionável transformação na atuação da jurisdição constitucional. Essa inovação processual é caracterizada pelo experimentalismo procedimental, que lhe confere a maleabilidade necessária à busca de soluções adequadas para os problemas complexos com os quais os processos estruturais lidam.

Sua fluidez procedimental, no entanto, não pode ocasionar a violação ao núcleo essencial das garantias processuais de quem tem competência para implementar as políticas públicas, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da separação de poderes.

A identificação, presente desde a petição inicial, de que o processo submetido à jurisdição constitucional se destina ao atendimento de pedidos estruturais é, nessa linha, medida que propicia o exercício adequado do contraditório. Desse princípio também decorre a consequência lógica de que a ausência de pedidos estritos deve limitar a atuação do órgão jurisdicional aos termos amplos e genéricos impostos pelo autor, a viabilizar aos órgãos responsáveis pelo cumprimento a necessária margem de atuação e o correspondente protagonismo para o detalhamento das medidas indispensáveis ao cumprimento da decisão judicial.

A inibição ao acréscimo de pedidos supervenientes, a vincular a atividade jurisdicional aos limites estritos do quanto indicado pelo autor, por outro lado, torna-se indispensável à adequada atuação da Advocacia Pública, essencial para evitar surpresas que impliquem cerceamento de defesa e ausência de informações que elucidem os fatos e, por consequência, impossibilitem ou dificultem desnecessariamente o adequado cumprimento do provimento estruturante.

A limitação à atuação da Advocacia Pública, com a desvinculação do princípio da demanda e da congruência, a fixação de prazos curtos, a expansão indeterminada de provimentos em cascata, a fixação de metodologias complexas para o acompanhamento de indicadores e até mesmo a concomitância de processos estruturais sobre a mesma matéria, ocasiona dificuldades institucionais, mas também cerceia a colheita

adequada das informações, implica viés incompleto sobre problemas multifatoriais e impossibilita a prospecção de ações necessárias ao cumprimento integral da decisão.

As balizas constantes da formação do título judicial de natureza estrutural, com a limitação à atuação dos legitimados para a formulação de pedidos, na fase de cumprimento, e a contenção dos provimentos em cascata, devem também ser observadas, sob pena de intransponível afronta ao núcleo essencial das garantias processuais asseguradas ao Poder Público e, em última análise, de enfraquecimento das decisões proferidas pelo STF.

Aliar os parâmetros indicados à prática do processo estrutural é medida que atende não apenas a harmonia entre os poderes constituídos, mas que endereça uma atuação mais eficiente da Advocacia Pública e que assegura, por consequência, resultados mais acurados para o desejo convergente de ampla implementação de direitos fundamentais.

Referências

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.505>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 7 jun. 2024.

ANDRADE, Izabel Vinchon Nogueira de. **A política pública de atenção à saúde dos povos indígenas**: atuação da jurisdição constitucional por meio do processo estrutural. 2023. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/a6330628-fd65-4164-a6ea-a4fa2f5f3a88>. Acesso em: 7 jun. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SCHÖNHOFEN, Vivian Pinheiro. A solidariedade intergeracional ambiental e o processo estrutural como instrumentos para a contenção do estado de coisas inconstitucional ambiental. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 13, n. 1, p. 1-37, 2022. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/404070>. Acesso em: 7 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Desembargador federal Edilson Vitorelli se torna magistrado consultor. **Justiça Federal – Tribunal Regional Federal da 6ª Região**, [2023]. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/desembargador-federal-edilson-vitorelli-se-torna-magistrado-consultor/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **O reflexo da atuação do Poder Judiciário na eficiência dos “processos estruturais”**. 2023. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/24bce874-c220-43b1-9732-61ec150fbelf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

CASIMIRO, Matheus; MARMELSTEIN, George. O Supremo Tribunal Federal como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processos estruturais? **Revista Direito Público**, v. 19, n. 102, p. 412-440, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6142>. Acesso em: 7 jun. 2024.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 14 fev. 2024.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Tradução de Magda França Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 7 jun. 2024.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 212-246, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 7 jun. 2024.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 11., 2022, Brasília. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC 2022. **Diário Processual**: direito processual civil dia a dia, Manaus, 2022. Notícias. Disponível em: <https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A democratização do acesso à justiça como ponte para transformações sociais: ativismo dialógico em processos estruturais na Colômbia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 25, n. 1, p. 134-159, jan./abr. 2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81902>. Acesso em: 7 jun. 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais**: limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais na perspectiva comparada no Sul global. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 31-58, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/47946>. Acesso em: 7 jun. 2024.

HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. **Metodologia de pesquisa**. Tradução: Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça: da política à prática. **Consultor Jurídico**, 11 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica/>. Acesso em: 1 mar. 2024.

LIMA, Bruno Roberto de. Estabilidade na advocacia pública para a conformação de valores públicos e concretização de direitos fundamentais em processos estruturantes. **Revista MPC-PR**, v. 9, n. 16, p. 31-44, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/103>. Acesso em: 7 jun. 2024.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. **Revista do Direito**, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi66.15739>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 7 jun. 2024.

MATOS, Luísa Carolina de Souza. A necessidade da flexibilização de institutos do Código de processo civil para a resolução de litígios estruturais. **Revista Caderno Virtual**, v. 2, n. 51, p. 216-245, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5898>. Acesso em: 7 jun. 2024.

MONTEIRO NETO, João Pereira. Pedido genérico: reflexões à luz do novo Código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 40, n. 243, p. 59-80, maio 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.04. PDF. Acesso em: 7 jun. 2024.

MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 109, n. 1018, p. 255-276, ago. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43355485/OS_OBST%C3%81CULOS_AO_PROCESSO ESTRUTURAL_E_DECIS%C3%95ES_ESTRUTURAIIS_NO_DIREITO_BRASILEIRO. Acesso em: 7 jun. 2024.

MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 111, n. 1046, p. 127-145, dez. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? **Revista Estudos Institucionais**, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v8i1.676>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/676>. Acesso em: 7 jun. 2024.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n. 5, p. 1051-1076, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1051_1076.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8197401/mod_resource/content/1/Destabilization%20Rights_%20How%20Public%20Law%20Litigation%20Succeeds.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, Lilia Nunes; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A gestão processual adequada em processos estruturais: estudo de caso das decisões proferidas na ADPF nº 709. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA, 6., 2021, Coimbra. **Anais** [...]. Coimbra, 2021. Disponível em: <https://www.trabalhoscidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/763>. Acesso em: 26 fev. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 40, n. 244, p. 195-205, jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.08.PDF. Acesso em: 7 jun. 2024.

VIEWHWEIG, Theodor. **Topica y filosofía del derecho**. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 7 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

WANG, Daniel Wei Liang *et al.* Why has a progressive court failed to protect the prison population against Covid-19?: mass incarceration and Brazil's Supreme Court. **Health and Human Rights Journal**, v. 25, n. 2, p. 67-82, dez. 2023. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/volume-25-issue-2-december-2023/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Advocacia-Geral da União. [Petição de apresentação de manifestação nº 59246, de 31 de julho de 2020, às 18:41:20]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 31 de julho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753377079&prcID=5951856#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343625717&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.424.451/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, 30 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366686780&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de junho de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15367606909&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Luís Roberto Barroso, 5 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365092698&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 19 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345974962&ext=.pdf>. Acesso: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 26 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346545801&ext=.pdf>. Acesso: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343655073&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347441887&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755703996>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 3.388/RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 9.698/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347445580&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição 9.698/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349556542&ext=.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de setembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498>. Acesso em: 5 jun. 2024.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS. [Petição inicial nº 73417, 9 de setembro de 2020, às 7:28]. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 26 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753777991&prcID=6001112#>. Acesso em: 10 jun. 2024.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. [Petição nº 26374, 27 de maio de 2015, às 12:13]. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO. [Petição inicial nº 40741 recebida em 05/06/2020, às 9:57:26]. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752893087&prcID=5930706#>. Acesso em: 29 fev. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018**. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Brasília: Senado Federal, 2018. Autoria do projeto: Senadora Simone Tebet (PMDB/MS). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1630422373943&disposition=inline>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 350, de 27/10/2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>. Acesso em: 10 jun.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a330>

Data de submissão: 3/3/2024

Data de aprovação: 14/6/2024

Disparidade estrutural: a desigualdade de gênero como um problema estrutural e o papel da jurisdição constitucional¹

Structural disparity: gender inequality as a structural problem and the role of constitutional competence

Disparidad estructural: la desigualdad de género como problema estructural y el papel de la competencia constitucional

Meilyng Leone²

Universidade Católica de Santos (Santos, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1301-7306>

E-mail: meilyng.leone@gmail.com

Eduardo Philipe Magalhães da Silva³

Universidade Federal de Alagoas (Maceió, AL, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0549-4405>

E-mail: edumagalhaes.sv@gmail.com

Resumo

Este artigo explora a interseção entre processos estruturais e desigualdade de gênero, defendendo a perspectiva de que a disparidade entre os sexos é um problema intrinsecamente ligado às estruturas sociais e institucionais e demanda uma abordagem sob a óptica dos processos estruturantes. Objetiva analisar a desigualdade

¹ LEONE, Meilyng; SILVA, Eduardo Philipe Magalhães da. Disparidade estrutural: a desigualdade de gênero como um problema estrutural e o papel da jurisdição constitucional. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 633-670, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a330>.

² Doutora (com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES) e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada. Pedagoga. Avaliadora do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior do Ministério da Educação (SINAES – MEC). Especialista em Gestão Escolar pela Universidade Metropolitana de Santos. Professora universitária. Graduada em Direito (2005) e em Pedagogia (2009). Coordenadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie, polo Santos. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia (ESA – SV). Tem experiência na área de Direito e Educação. Linha de pesquisa em mediação de conflitos e educação para a sustentabilidade. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1545791698704046>.

³ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Pós-graduado em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola de Direito Coletivo/SP. Pós-graduado em Direito Privado Contemporâneo pela Faculdade de São Vicente/ SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Procurador do Estado do Maranhão. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7046104841892143>.

como um fenômeno arraigado em práticas históricas e abordar a desigualdade de gênero como um problema estrutural. A metodologia de pesquisa inclui análise qualitativa das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como análise documental das teorias de desigualdade de gênero e processos estruturais. Conclui-se pela relevância da jurisdição constitucional como uma ferramenta essencial na busca pela igualdade de gênero. Nesse contexto, analisa-se a política institucional do Supremo Tribunal Federal voltada ao cumprimento do objetivo 5 da Agenda 2030 e as ações constitucionais relacionadas ao tema. Resultado dessa análise das ações constitucionais, encontra-se o chamado “Conjunto de Processos Transformadores de Estruturas”.

Palavras-chave

Problemas estruturais; processos estruturais; desigualdade de gênero; jurisdição constitucional; direitos fundamentais.

Sumário

1. Introdução. 2. Desigualdade de gênero: definição e complexidade de um problema estrutural. 3. Desigualdade de gênero e processos estruturais. 4. A atuação da jurisdição constitucional do STF na solução de problemas estruturais de gênero e cumprimento do ODS 5. 5. Conclusão.

Abstract

This article explores the intersection between structural processes and gender inequality, defending the perspective that the disparity between the sexes is a problem intrinsically linked to social and institutional structures and that demands an approach from the perspective of structuring processes. The aim is to analyze inequality as a phenomenon rooted in historical practices and address gender inequality as a structural problem. The research methodology includes qualitative analysis of the STF’s judicial decisions, as well as a bibliographic review of theories of gender inequality and structural processes. It is concluded that constitutional jurisdiction is relevant as an essential tool in the search for gender equality. In this context, the institutional policy of the Federal Supreme Court aimed at fulfilling objective 5 of the 2030 agenda and constitutional actions related to the topic is analyzed. The result of this analysis of constitutional actions is the so-called “Set of Structure Transforming Processes”.

Keywords

Structural problems; structural processes; gender inequality; constitutional jurisdiction; fundamental rights.

Contents

1. Introduction. 2. Gender inequality: definition and complexity of a structural problem. 3. Gender Inequality and Structural Processes. 4. The Role of the STF's Constitutional Jurisdiction in Solving Structural Gender Problems and Compliance with SDG 5. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo explora la intersección entre procesos estructurales y desigualdad de género, defendiendo la perspectiva de que la disparidad entre sexos es un problema intrínsecamente ligado a las estructuras sociales e institucionales y que exige un abordaje desde la perspectiva de los procesos estructurantes. El objetivo es analizar la desigualdad como un fenómeno arraigado en prácticas históricas y abordar la desigualdad de género como un problema estructural. La metodología de la investigación incluye análisis cualitativo de las decisiones judiciales del STF, así como una revisión bibliográfica de teorías de desigualdad de género y procesos estructurales. Se concluye que la jurisdicción constitucional es relevante como herramienta esencial en la búsqueda de la igualdad de género. En este contexto, se analiza la política institucional del Supremo Tribunal Federal encaminada al cumplimiento del objetivo 5 de la agenda 2030 y las acciones constitucionales relacionadas con el tema. El resultado de este análisis de las acciones constitucionales es el denominado “Conjunto de Procesos Transformadores de Estructuras”.

Palabras clave

Problemas estructurales; procesos estructurales; desigualdad de género; jurisdicción constitucional; derechos fundamentales.

Índice

1. Introdução. 2. Desigualdade de gênero: definição e complexidade de um problema estrutural. 3. Desigualdade de Gênero e Processos Estruturais. 4. O papel de la competencia constitucional del STF en la solución de problemas estructurales de género e Cumplimiento del ODS 5. 5. Conclusión.

1. Introdução

A ciência do Direito Processual tem se debruçado sobre uma nova tipologia de litígios, denominados estruturais ou policêntricos. O estudo acerca desse tipo de litígio já se fez presente em debates relevantes no Direito estrangeiro, como no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, nos Estados Unidos, ou no

caso *Grootboom*, na África do Sul⁴. No Brasil, ganhou destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual foi declarado que o sistema prisional brasileiro se encontra num verdadeiro estado de coisas inconstitucional.

Problemas de ordem estrutural, quando levados ao conhecimento do Poder Judiciário, demandam uma tutela jurisdicional diferenciada, voltada à realidade na qual os problemas se inserem, observadas variadas nuances e interesses de diversos setores, devido ao seu potencial irradiante sobre diferentes polos de interesses.

Problemas estruturais são problemas complexos, com centros de problemas subsidiários e interrelacionados, de modo que a solução de cada um depende da solução dos demais⁵. Dessa forma, os litígios estruturais decorrem do próprio funcionamento de uma estrutura institucionalizada. Pode-se concluir que os problemas estruturais surgem a partir de uma prática enraizada ou do modo de funcionamento institucionalizado em uma estrutura burocrática, tal qual a sociedade.

Nesse sentido, inserem-se questões relacionadas à desigualdade de gênero. Essa é uma questão profundamente presente na sociedade, persistente e multifacetada, que permeia todos os aspectos da coletividade, influenciando as oportunidades, os recursos e os direitos disponíveis para indivíduos em razão de seu gênero. Historicamente, essa disparidade tem sido mais visível na limitação do acesso das mulheres a educação, emprego de qualidade e cargos de liderança, bem como na persistência de diferenças salariais significativas entre gêneros.

Ela também se manifesta em formas sutis, como estereótipos e normas sociais que definem o que é considerado apropriado ou acessível para homens e mulheres. Essas barreiras não apenas impedem o progresso pessoal e profissional das mulheres, mas limitam o crescimento econômico e o desenvolvimento social, visto que o potencial pleno de metade da população mundial não é aproveitado. Combatê-las

⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 3, p.771-806, set. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/rrzjWsf6pgJQdRgNVndYzH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 43, n. 284, p. 333, out. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

requer esforços contínuos para promover a igualdade de direitos, oportunidades e tratamento para todos, independentemente do gênero.

Defende-se, no presente trabalho, que a desigualdade de gênero é um problema estrutural, e, para isso, se verifica que os requisitos são integralmente cumpridos para que se possa definir um problema como estrutural. Os problemas estruturais se definem pela existência de um estado de desconformidade estruturada, seja por meio de uma ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas ideal⁶. Pode-se inferir, portanto, que a desigualdade de gênero é um problema estrutural.

A desigualdade não surge de forma isolada ou casual, mas, sim, como resultado de sistemas e estruturas que perpetuam disparidades injustas entre diferentes grupos de pessoas. Essas disparidades são muitas vezes enraizadas em questões históricas, como a distribuição desigual de recursos e oportunidades ao longo do tempo, além de serem reforçadas por políticas e práticas discriminatórias. Ela não apenas limita o acesso igualitário a recursos essenciais, como educação, saúde e emprego, mas também afeta profundamente a capacidade das pessoas de realizarem seu potencial máximo e contribuir, de forma equitativa, para o desenvolvimento da sociedade. Assim, abordar a desigualdade requer uma análise das estruturas subjacentes que a perpetuam e a implementação de medidas que visem à reforma dessas estruturas para promover uma distribuição mais justa de oportunidades e recursos.

Tamanha a relevância do tema que ele foi escolhido para compor um dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, também conhecidos como Agenda 2030⁷, figurando como o objetivo número 5, que se subdivide nestas 9 metas: 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte; 5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas; 5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de

⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 4: Processo coletivo. p. 589.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. Nações Unidas Brasil*, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 29 fev. 2024.

serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais; 5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública; 5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão; 5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais; 5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres; e 5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis.

Ressalta-se que as 9 metas acima foram transcritas em sua integralidade com o propósito de contextualizar e trazer o mínimo de concretude ao tema igualdade de gênero, que, por apresentar uma natureza mais fluida e abstrata, necessita de uma maior tangibilidade, o que se fez com a descrição integral das metas.

Antes de adentrar no aprofundamento no tema, é importante descrever a metodologia⁸ utilizada na realização do trabalho. No presente estudo, considerando as características do objeto da pesquisa, a metodologia adotada baseou-se em uma abordagem multifacetada, combinando a análise de dados obtidos de fontes oficiais *online* com uma revisão abrangente da literatura pertinente. Inicialmente, dados relevantes foram coletados de *sites* oficiais, como órgãos governamentais e instituições públicas, garantindo, assim, a confiabilidade e a atualidade das informações. Esses dados foram, então, submetidos a uma análise rigorosa para identificar tendências, padrões e correlações significativas.

Paralelamente, foi conduzida uma revisão extensiva da literatura acadêmica e jurídica, realizando-se a análise documental como metodologia de investigação científica, abrangendo estudos empíricos e análises críticas sobre o tema. Considerando que o objetivo principal da pesquisa é analisar a desigualdade como um fenômeno

⁸ MENDES, Rosana Maria; MISKULIN, Rosana Giaretta Sguerra. A análise de conteúdo como uma metodologia. *Cadernos de Pesquisa*, v. 47, n. 165, p. 1044-1066, jul./set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/ttbmYgkhjNF3Rn8XNQ5X3mC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

arraigado em práticas históricas e abordar a desigualdade de gênero como um problema estrutural, além da análise de robusta produção acadêmica, também houve especial atenção às produções técnicas atinentes ao tema, realizadas pelo STF.

Frisa-se que a “pesquisa documental é aquela em que os dados logrados são absolutamente provenientes de documentos, como o propósito de obter informações neles contidos, a fim de compreender um fenômeno”⁹.

Esta revisão permitiu uma compreensão aprofundada do contexto jurídico e social subjacente, além de fornecer uma base sólida para contextualizar e interpretar os dados obtidos. Ao integrar essas duas abordagens metodológicas complementares, este estudo visa oferecer uma análise abrangente e embasada sobre o tema, contribuindo, assim, para o avanço do conhecimento jurídico e tratando o assunto sob uma nova perspectiva.

Após a aplicação da metodologia acima descrita, verificou-se que os temas processos estruturais e ideologia de gênero são intrinsecamente relacionados. Afinal, os litígios estruturais representam mecanismos essenciais de proteção dos direitos fundamentais, os quais são frequentemente consagrados nas Constituições de Estados democráticos, tais qual o Brasil. Apesar de serem formalmente reconhecidos em documentos legais, muitas vezes esses direitos enfrentam obstáculos na sua efetivação prática, como se pode verificar na concretização dos direitos relacionados à equidade de gênero.

A pesquisa buscou, portanto, identificar tendências, padrões e correlações significativas que evidenciam como o STF pode agir como um agente de transformação estrutural. A combinação da análise documental com a revisão teórica proporcionou uma base sólida para discutir a eficácia das ações judiciais e políticas institucionais na promoção da igualdade de gênero no Brasil, contribuindo, assim, para o avanço do conhecimento jurídico e social sobre o tema.

O problema de pesquisa investigado neste estudo centra-se na análise de que maneira o Poder Judiciário, especialmente o STF, pode atuar como agente transformador na promoção da igualdade de gênero no Brasil. O estudo busca identificar as ações judiciais, por amostragem, e as políticas institucionais que têm o potencial de

⁹LIMA JUNIOR, Eduardo Brandão *et al.* Análise documental como percurso metodológico na pesquisa qualitativa. *Cadernos da Fucamp*, v. 20, n. 44, p. 36-51, 2021. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2356>. Acesso em: 26 de jun. 2024.

impactar significativamente a disparidade de gênero, interseccionando essa análise com o contexto das metas estabelecidas pela Agenda 2030 da ONU, em especial o objetivo número 5, que trata da igualdade de gênero.

Traz duas hipóteses este estudo. A primeira é a de que a desigualdade de gênero no Brasil é um problema estrutural, profundamente enraizado em práticas históricas e institucionais. Em segundo lugar, pressupõe-se que o STF, através de suas decisões e da implementação de litígios estruturais, pode desempenhar um papel crucial na transformação dessas estruturas discriminatórias. A pesquisa também levanta hipóteses de que as ações coordenadas do STF, alinhadas com os objetivos da Agenda 2030, podem não apenas mitigar as disparidades de gênero, mas também promover uma reforma estrutural significativa que garanta uma distribuição mais justa de oportunidades e recursos. Em última análise, espera-se demonstrar que a jurisdição constitucional é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais relacionados à igualdade de gênero.

E é essa questão que se pretende analisar ao longo do estudo: de que forma(s) o Poder Judiciário, mais especificamente a jurisdição do STF, pode ser um ator no cenário dos processos estruturantes que buscam a efetivação do alcance da igualdade de gênero?

2. Desigualdade de gênero: definição e complexidade de um problema estrutural

O estudo dos processos estruturais, com suas características e vicissitudes, é melhor compreendido quando se parte da indagação sobre o que é um problema estrutural. Para os fins a que se propõe o artigo, qual seja, apresentar a desigualdade de gênero como um problema estrutural, é necessário indagar do que trata um problema estrutural e qual sua relação com a ideia de dominação. Para além de apenas trazer à tona conceitos já determinados, pretende-se interrelacioná-los de modo a embasar sua relação com a desigualdade de gênero. Importante ressaltar também que muitos desses conceitos não são unânimes na doutrina e que se optou por trazer as definições mais recorrentes.

Com base nas lições de Vitorelli¹⁰, são três características essenciais para classificar um problema como estrutural:

- (a) A complexidade substancial da questão em debate, que abrange diversos interesses, muitas vezes contraditórios;
- (b) A aplicação, por meio do sistema judiciário, de valores públicos considerados juridicamente relevantes, mas que não estão sendo devidamente respeitados;
- (c) A necessidade de reformar (ou reestruturar) uma instituição pública ou privada, a fim de promover o interesse público almejado, o que implica reorganizar toda a instituição, alterar seus processos internos, sua estrutura burocrática e a mentalidade dos seus agentes.

Didier, Zaneti e Oliveira nos apresentam conceito semelhante, porém, para os próprios autores, mais abrangente que o conceito trazido por Vitorelli. Para eles, o processo estrutural veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal¹¹. Nas palavras dos autores citados¹²:

Vitorelli apresenta conceito mais fechado de processo estrutural, enfatizando tratar-se de processo coletivo (característica que, para nós, é típica, mas não essencial), voltado para a reestruturação de uma instituição pública ou privada (enquanto nós enfatizamos o propósito de reestruturação de um estado de desconformidade, sem vinculá-lo necessariamente a uma instituição pública ou privada), em razão de esta ter incorrido em alguma violação à norma (enquanto para nós o estado de desconformidade não é, necessariamente, um estado de ilicitude).

Note-se que, nesse ponto, temos as noções de processo, litígio e problema, porém todos giram em torno da noção de estrutura e da necessidade de sua reforma.

¹⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 329-383.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 465.

¹² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 465.

Didier, Zaneti e Oliveira apontam que o problema estrutural se define pela existência de uma situação de desconformidade estruturada, apontado da seguinte forma¹³:

uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal.

Nesse ponto, temos que um estado de desconformidade pode ou não decorrer de uma situação ilícita. Destacam os autores citados que estado de desconformidade é uma situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção reestruturante¹⁴.

Diante de uma situação de desconformidade decorrente de uma situação de ilicitude, não se apresentam maiores dificuldades. Os fatos jurídicos ilícitos ou contrários ao direito já representam violação às normas jurídicas e implicam negação do direito¹⁵. O problema surge quando se está diante de uma situação de desconformidade que não é propriamente ilícita. Nesse sentido¹⁶:

A análise, no caso dos litígios complexos, se afasta significativamente do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional.

Esse estado de desconformidade decorre do funcionamento de uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública. É o funcionamento dessa estrutura que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo¹⁷. Assim, o processo estrutural pretende a reorganização de uma estrutura pública ou privada

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 462.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 462-463.

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

¹⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 333-369.

¹⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 56.

que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos pelo modo como funciona, ocasionando um litígio estrutural¹⁸. Mas, o que vem a ser uma estrutura e como seu funcionamento está relacionado a questões de gênero?

O vocábulo estrutura é definido de diversas formas pelo dicionário: o modo como alguma coisa é construída, organizada ou está disposta; o que já está pronto ou construído; modo que define a organização de um aspecto particular da vida social; estrutura política; disposição ou organização na qual as partes são dependentes do todo e, por conseguinte, solidárias umas das outras¹⁹.

Chama a atenção que as definições acima têm em comum outra expressão muito utilizada pela doutrina do processo estrutural, qual seja, organização. Nesse ponto, é interessante trazer a concepção de estrutura de Matheus Galdino. Em Galdino, não encontramos o termo estrutura como referência a uma organização ou modo de funcionamento, mas como um estado de coisas. Para ele, estrutura é a condição do estado de coisas a possibilitar a efetivação de efeitos (direitos)²⁰. Por sua vez, Câmara²¹, ao se referir a estruturas públicas, afirma que estrutura pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público. Todavia, o autor destaca que litígios estruturais podem visar a mudança de comportamento de estruturas privadas, tanto as que prestam serviços públicos como aquelas que têm estruturas integralmente privadas, mas essenciais à sociedade²².

É possível, assim, encontrar uma relação entre estrutura e organização, ou entre meios e fins, sendo estrutura elemento integrante de organização, ou mesmo seu sinônimo. Estrutura, assim, tanto pode ser uma instituição como o modo de funcionamento de uma instituição. Já organização pode significar tanto uma instituição em si quanto seu modo de funcionamento.

¹⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 64.

¹⁹ ESTRUTURA. **DICIO Dicionário Online de Português**, [2023]. Verbete. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/estrutura/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

²⁰ GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 996.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**, v. 48, n. 338, p. 277-298, abr. 2023. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2023/04/Processo-reestruturante-familia.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. p. 277-298.

Para entender o significado de estrutura burocrática, valemo-nos da abordagem de Max Weber sobre a teoria burocrática. Para Weber, burocracia é um sistema de controle social baseado na racionalidade²³. O modelo burocrático weberiano é baseado na dominação, sendo esta²⁴

uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (“mandado”) do “dominador” ou dos “dominadores” quer influenciar as ações de outras pessoas (do “dominado” ou dos “dominados”), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações (“obediência”).

Weber aponta três tipos de autoridades legítimas: a autoridade tradicional, a carismática e a racional, legal ou burocrática. No entanto, é na dominação burocrática que o autor descreve as relações de poder mais características do Estado Moderno. Para Weber²⁵:

Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. [...]. Obedece-se não a pessoa em virtude de seu direito próprio, mas a regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer. Também quem ordena obedece, ao emitir uma ordem, a uma regra: à lei ou a norma formalmente abstrata.

É necessário esclarecer que Weber vê, no poder patriarcal de dominação (autoridade tradicional), a mais importante estrutura pré-burocrática, cujo germe se encontra na autoridade do chefe da comunidade doméstica²⁶. Com base nessa relação entre autoridade patriarcal e estrutura burocrática, Matos afirma que a dominação surge na historicização do papel ativo do homem (patriarcalismo) e, como esta máxima está na base social, que não se faz pela relação de força (violência simbólica), não poderia emergir da consciência²⁷.

²³ WEBER, Max. **O que é a burocracia**. São Paulo: CFA, 2021. p. 12.

²⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: UnB, 2004. p. 234.

²⁵ WEBER, Max. **Textos coligidos**. São Paulo: Ática, 2001. p. 128-129.

²⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. p. 234.

²⁷ MATOS, Ivy Daniela Monteiro. Dominação, relações de gênero e trajetórias de elevação da escolaridade. **Revista Sociais e Humanas**, v. 30, n. 2, p. 7-20, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/27279>. Acesso em: 1 mar. 2024.

De acordo com Marilena Chauí, a sociedade brasileira é autoritária e violenta, e todas as relações sociais reproduzem essas características²⁸. Esse autoritarismo reflete nas relações interfamiliares, ditando a edificação histórica da identidade feminina, associada às tarefas domésticas educativas e assistenciais no âmbito familiar. Assim, a escolha profissional é, em alguma medida, imposta por expectativas normativas, definidoras de papéis que conformam um campo construído socialmente²⁹.

A questão da desigualdade de gênero permanece como um desafio contínuo em várias esferas da sociedade contemporânea. No âmbito jurídico, essa problemática adquire contornos específicos que demandam uma análise detalhada das normas, práticas e suas consequências. A jurista Ruth Bader Ginsburg³⁰ trouxe contribuições significativas acerca da temática igualdade de gênero e os papéis dos tribunais, como pode-se notar na passagem *“that judges play an interdependent part in our democracy. They do not alone shape legal doctrine but, as I suggested at the outset, they participate in a dialogue with other organs of government, and with the people as well”*, que em tradução livre seria “os juízes desempenham um papel interdependente em nossa democracia. Eles não moldam a doutrina legal sozinhos, mas, como sugeri no início, participam de um diálogo com outros órgãos do governo e também com o povo.

A socióloga Sylvia Walby³¹ analisa a estrutura do patriarcado e verifica de que forma o patriarcado influencia as instituições culturais e do Estado, organizando, legitimando e reproduzindo dicotomias entre homens e mulheres. Em suas palavras *“Male violence against women is systematically condoned and legitimated by the state’s refusal to intervene against it except in exceptional instances”*, ou seja, “A violência masculina contra as mulheres é sistematicamente tolerada e legitimada pela recusa do Estado em intervir contra ela, excepto em casos excepcionais”. Essa afirmação ressalta a urgência e a relevância contínua desse debate no campo jurídico e além dele. Branca Moreira Alves³² sustenta que “as mulheres, assim como os homens, nascem membros livres e

²⁸ CHAUI, Marilena. Democracia e autoritarismo: o mito da não-violência. In: CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 116.

²⁹ ARAÚJO, Tânia Maria de; ROTENBERG, Lucia. Relações de gênero no trabalho em saúde: a divisão sexual do trabalho e a saúde dos trabalhadores. In: ASSUNÇÃO, Ada Ávila; BRITO, Jussara (org.). **Trabalhar na saúde: experiências cotidianas e desafios para a gestão do trabalho e do emprego**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011. p. 132.

³⁰ GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a Judicial Voice. New York **University Law Review**, v. 67, 1992. p. 1198. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_059254.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

³¹ WALBY, Sylvia. **Theorising Patriarchy**. Oxford: Blackwell, 1990. p. 21. Disponível em: https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/21680/1/1990_Walby_Theorising_Patriarchy_book_Blackwell.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

³² ALVES, Branca Moreira. **Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 120.

independentes da espécie humana, dotados de faculdades equivalentes e igualmente chamados a exercerem, sem peias, os seus direitos e deveres individuais”.

Destaca-se a interseccionalidade entre gênero e direitos humanos, ressaltando as diversas formas de opressão enfrentadas pelas mulheres em diferentes contextos sociais, incluindo a necessidade de uma abordagem interdisciplinar e inclusiva na promoção da igualdade de gênero. Seguindo na perspectiva da interrelação entre igualdade de gênero e Direitos Humanos, Elizabeth Jelin³³ ensina que “não existe uma solução única, uma única forma de relacionar as mulheres com os Direitos Humanos”.

O relatório mais recente do Banco Mundial sobre desigualdade de gênero, intitulado “*Women, Business and the Law 2023*”³⁴, destaca um avanço lento em direção ao tratamento igualitário das mulheres sob a lei, marcando o ritmo de reformas como o mais baixo em 20 anos. Esse relatório analisa 190 economias e identifica barreiras à participação econômica das mulheres, incentivando a reforma de leis discriminatórias. Além disso, inclui pesquisa, revisão da literatura e análise de 53 anos de reformas para os direitos das mulheres, contribuindo significativamente para discussões de políticas sobre o estado do empoderamento econômico feminino.

Um viés da desigualdade de gênero é a baixa representação política feminina que pode ser observada a partir do levantamento realizado pelo Senado Federal, através do qual se constata que, por mais que as mulheres representem mais de 52% da população brasileira, mesmo assim, na 56ª Legislatura do Congresso Nacional, as mulheres ocupam apenas 15% das cadeiras na Câmara dos Deputados e 13% das cadeiras no Senado Federal³⁵.

Visando à alteração dessa realidade, no tocante à representação feminina, importa asseverar que ações afirmativas de fomento às candidaturas e financiamento das campanhas eleitorais de mulheres já foram traçadas pela Lei 9.504/1997 e pela Lei 13.165/2015. A primeira lei prevê a cota mínima de 30% de reserva de vagas para as candidaturas femininas no seu artigo 10, § 3º; e a segunda, em complemento à previsão das cotas de gênero na política, acabou estabelecendo, primeiramente, a

³³JELIN, Elizabeth. Mulheres e direitos humanos. *Revista Estudos Feministas*, v. 2, n. 3, p. 118. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16293/14834>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁴WOMEN business and the law 2024. Washington: World Bank Group, 2024. Disponível em: <https://wbl.worldbank.org/en/reports>. Acesso em: 1 mar. 2024.

³⁵LIMA, Paola. Mulheres na política: ações buscam garantir maior participação feminina no poder. [Com a colaboração de] Raissa Portela, sob supervisão. *Agência Senado*, 27 maio 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>. Acesso em: 27 fev. 2024.

destinação do percentual mínimo de 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário para o financiamento das campanhas eleitorais de candidaturas femininas. Esse percentual foi posteriormente equiparado ao percentual das cotas de gênero, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.617/DF³⁶.

Outro aspecto da desigualdade de gênero é a questão salarial. Por décadas, o Brasil tem uma legislação que estabelece a igualdade salarial entre homens e mulheres. Essa medida remonta às Constituições Federais de 1934 e 1946, que proibiam explicitamente a disparidade salarial com base no sexo para o mesmo trabalho. Tal princípio foi mantido na redação original da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e foi consagrado como um direito social na Constituição de 1988. Além disso, o país ratificou diversos instrumentos internacionais, como a Convenção 100 da Organização Internacional do Trabalho, em 1957, comprometendo-se a garantir a equidade salarial entre homens e mulheres. Esse compromisso foi promulgado nacionalmente no mesmo ano, por meio do Decreto 41.721³⁷.

Apesar do amplo conjunto de leis existente, a disparidade salarial de gênero ainda é uma realidade persistente no Brasil. Um estudo especial conduzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em março de 2021 e baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD Contínua), destacou que, embora tenha havido uma redução no hiato salarial entre homens e mulheres de 2012 a 2019, a desigualdade persiste. O estudo revelou que o rendimento médio das mulheres equivale a aproximadamente 77,7% do rendimento dos homens (IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. “Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens”)³⁸.

A desigualdade de gênero é uma realidade multifacetada que se manifesta de diversas maneiras dentro do sistema legal, desde disparidades salariais até acesso

³⁶ VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 22, n. 2, p. 85-114, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1915>. Acesso em: 7 jul. 2024.

³⁷ RODRIGUES, Fabiana Alves. Barreiras à efetivação da igualdade salarial de gênero no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, v. 31, n. 1, p. 1-13, 2023. <https://www.scielo.br/j/ref/a/FD9sRqs7L8PpsMYftwH6Bvw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

³⁸ PARADELLA, Rodrigo. Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que os homens. *Agência Notícias IBGE*, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em: 28 fev. 2024.

desigual à justiça, como apresentado acima. A filósofa Martha Nussbaum³⁹ enfatiza essa realidade ao afirmar que “a igualdade de gênero não pode ser alcançada apenas por meio de declarações de princípios; ela requer mudanças significativas nas estruturas legais e sociais”. Essa perspectiva destaca a necessidade de uma abordagem interdisciplinar e holística para abordar as disparidades de gênero no contexto jurídico.

Diante de todo o apresentado, pode-se verificar que a efetiva igualdade de gênero demanda uma atuação conjunta de diversos atores, estatais e não estatais, para que possa ser alcançada, o que reflete a natureza estrutural do problema. Nesse ponto do estudo, passa-se a correlacionar os temas desigualdade de gênero e processo estrutural.

3. Desigualdade de gênero e processos estruturais

Como afirmado anteriormente, litígios de ordem estrutural demandam uma tutela jurisdicional própria, na qual se analisam várias nuances e interesses de diversos setores, em razão do potencial irradiante do problema.

Defende-se, no presente estudo, que a questão da desigualdade de gênero se enquadra como um problema estrutural, pois preenche todos os requisitos para que possa ser assim considerada. Chegou-se a essa conclusão com base em Didier, Zaneti e Oliveira⁴⁰, que entendem que o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (reestruturação), estando em um estado de desconformidade.

A condição de desconformidade, como mencionado, não implica automaticamente uma condição de ilegalidade ou de atividades ilícitas. Trata-se de uma circunstância caracterizada por desordem estrutural, uma quebra da normalidade ou do estado desejável, demandando uma intervenção que vise a reestruturação. Tal desordem pode ser, ou não, o resultado de uma série de ações ou comportamentos ilegais, exatamente nos moldes que acontecem no caso de desigualdade de gênero.

³⁹ NUSSBAUM, Martha Craven. **Women and human development: the capabilities approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 5 jun. 2024.

Nessa perspectiva, tem-se as *Structural Injunctions*, que, por sua vez, são decisões estruturais que buscam implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos⁴¹.

Para Edilson Vitorelli, litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera⁴². Dessa forma, os litígios estruturais decorrem do próprio funcionamento de uma estrutura institucionalizada.

As violações decorrentes de problemas estruturais não são pontuais e isoladas, são dinâmicas e estão em curso. O foco da preocupação, quando se está pensando nesse tipo de violação, não são as condutas específicas que inobservam direitos, mas o próprio contexto (*background*) em que acontecem⁴³.

A existência de violações decorrentes de problemas de ordem estrutural demanda resoluções que consideram as peculiaridades multifacetadas deles decorrentes. Essas soluções são encontradas mediante o desenvolvimento de um processo que observe a complexidade subjacente a problemas dessa ordem. O escopo magno a ser perseguido pelo processo é o da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos⁴⁴.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 461.

⁴² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos sério: processo estrutural, processocoletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 333-369.

⁴³ FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 27 maio 2022.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos. **Teoria geral do processo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 28.

Diante dessa realidade, denomina-se processo estrutural aquele no qual se veicula um litígio estrutural, pautado num problema de ordem estrutural, e em que se pretende alterar um estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal⁴⁵.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como princípio jurídico-estruturante da República o Estado Democrático de Direito. Nesse modelo estatal, o Estado tem como fonte estrutural a Constituição, a qual lhe confere a configuração institucional e serve como fundamento de legitimidade. Num Estado Democrático de Direito, a democracia há de ser participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, e pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes⁴⁶. Dito isso, o regime político democrático permite que os cidadãos, através de mecanismos de democracia representativa e participativa, possam atuar na condução dos fins do Estado.

O princípio do Estado Democrático materializa-se tanto pela garantia ao povo de eleger seus governantes quanto pela instituição dos mecanismos de participação direta de todos os potenciais atingidos pelos atos ou omissões estatais na persecução do bem-estar social⁴⁷.

O exercício da cidadania em prol de políticas públicas sociais garante que o cidadão possa requerer a atuação da jurisdição para impor aos Poderes Públicos a plena observância e o cumprimento dos ditames do princípio da justiça social com a concretização de políticas públicas que propiciem aos indivíduos o acesso a direitos sociais que permitam a materialização de condições mínimas de existência⁴⁸.

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 462.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 122.

⁴⁷ SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, v. 16, n. 16, p. 157-188, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/19106>. Acesso em: 7 fev. 2024.

⁴⁸ SANTOS, Lília Teixeira. O estado democrático de direito instaurado na democracia brasileira com a Constituição federal de 1988 (CF/88): estado de direito e de justiça social. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 117, out. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito-instaurado-na-democracia-brasileira-com-a-constituicao-federal-de-1988-cf-88-estado-de-direito-e-de-justica-social/>. Acesso em: 27 fev. 2024.

Nesse sentido, o Poder Judiciário assume novos desafios em busca da efetivação de um patamar civilizatório mínimo, principalmente em países emergentes como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados através do processo⁴⁹. Como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático proclamadas na Constituição, pertencendo a um microcosmo democrático do Estado de Direito⁵⁰.

A utilização do processo com o objetivo de promover mudanças estruturais na sociedade em muito se aproxima da ideia propagada pelo papel de vanguarda iluminista exercido pelo Poder Judiciário. De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso⁵¹, as Cortes Constitucionais, em nome de valores racionais, podem exercer a função de impulsionar avanços civilizatórios na sociedade.

Atualmente, a doutrina caminha quase em uníssono no que se refere ao tema dos processos estruturais. Fala-se em execuções fiscais estruturais, demandas tributárias estruturais, processos administrativos estruturais. Toda sorte de litígio complexo que trate de direitos coletivos pode desaguar na vala comum do processo estrutural. Para Gustavo Osna⁵², alguns dos principais processos estruturais, na realidade, não parecem ter se proposto a assumir esse atributo, mas apenas uma tentativa de o Judiciário exercer sua função da melhor forma possível.

A modalidade da intervenção depende de vetores como a conflituosidade do grupo, da complexidade da causa e do direito fundamental violado, ou, dos graus de estruturalidade que revelam uma maior ou menor ilicitude⁵³. Parte-se da ideia de que, no caso de problemas estruturais, esses têm lugar no contexto de uma violação

⁴⁹ ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91342>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁵² OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82013/78228>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁵³ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 52, p. 72, abr./jun. 2014. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Jorge_Miranda.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada⁵⁴, tendo como característica serem problemas multipolares.

Ao longo das últimas décadas, o país passou por um intenso processo de redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fincou a transição fundamental para a proteção dos direitos individuais e coletivos. A partir desse marco constitucional, novas perspectivas se abriram para a defesa e promoção dos direitos sociais, culturais, ambientais e de tantos outros que dizem respeito ao coletivo, no que concerne à busca pela igualdade de gênero, inclusive.

É importante destacar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na consolidação e no avanço do processo coletivo no Brasil, lembrando que nem todo processo coletivo é um processo estrutural, mas, por via de regra, um processo estrutural é coletivo. Por meio de decisões judiciais paradigmáticas, por vezes impulsionadas pela atuação de organizações da sociedade civil e movimentos sociais, a exemplo dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, nos quais o Supremo Tribunal, de maneira inovadora e adotando uma posição concretista, concedeu o direito de greve aos servidores públicos com base na Lei 7.783/1989 (Lei Geral de Greve)⁵⁵, os tribunais têm ampliado o alcance da proteção dos direitos coletivos, estabelecendo precedentes que moldam a jurisprudência e influenciam diretamente na vida dos cidadãos.

No entanto, o processo coletivo não se limita ao âmbito jurídico. Ele está intrinsecamente relacionado às transformações sociais, políticas e culturais que ocorrem em nossa sociedade. A demanda por reconhecimento e efetivação de novos direitos, como os direitos ambientais, os direitos digitais e a igualdade de gênero, impulsionou a expansão do processo coletivo, abrindo espaço para a participação ativa da sociedade civil na promoção dessas causas.

É nesse cenário que será desenvolvida a ideia de litígios estruturais e sua resolução por meio de um processo de índole estrutural. Entende-se o processo estrutural como uma espécie de processo coletivo, no qual se pretende, pela atuação

⁵⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 60.

⁵⁵ SÁ, Rodrigo Mendes de. O mandado de injunção e o direito de greve no serviço público: o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança da jurisprudência do STF. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 7, n. 1, p. 175-202, 2008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20382>. Acesso em: 20 fev. 2024.

jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural⁵⁶. Não raras as vezes o direito defendido em processos estruturais são direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais originaram-se na modernidade, que presenciou um movimento de crescente valorização da pessoa humana e de sua dignidade. São direitos históricos e universais, que foram surgindo lentamente, cujo reconhecimento e proteção advêm de um processo de luta contra o poder e de busca de sentido para a humanidade⁵⁷.

Esse processo de transformação pelo qual passaram os direitos fundamentais é largamente conhecido como geração ou dimensão de direitos. Essa noção, ainda que largamente utilizada, não é um conceito aceito sem ressalvas, visto que sustenta que a ideia de “gerações” de direitos poderia ser erroneamente compreendida com base no raciocínio de que uma geração supera a geração anterior⁵⁸, quando deveria ser tratada como complementar.

Atribui-se a teoria geracional dos direitos fundamentais a Karel Vasak, que a apresentou em conferência ministrada no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, fundamentando-se no ideário da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade⁵⁹. Para Vasak, as gerações compoariam uma tríade retirada desses ideários, retratados no lema revolucionário, cada qual relacionado a uma geração. Fundamentado nisso, desenvolveu a teoria das gerações de direitos fundamentais, demonstrando, em forma de metáfora, a evolução dos direitos do homem⁶⁰.

⁵⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 333-369.

⁵⁷ SILVEIRA, Gustavo Borges; CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. Os “novos” direitos e a irrupção da proteção constitucional dos direitos da natureza. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 13, p. 188-207, jan. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44930/28962>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁵⁹ OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. *Theoria: revista eletrônica de filosofia*, n. 3, p. 10-26, 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁶⁰ LIMA, George Marmelstein. *Curso de direitos fundamentais*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 38.

Os direitos de primeira geração são os direitos oriundos da primeira onda revolucionária americana e francesa do século XVIII, positivados, pela primeira vez, na Constituição americana e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e concebidos como limites ao poder do Estado⁶¹. São os direitos relacionados às liberdades negativas.

Por sua vez, a segunda geração é fundamentada no ideário de igualdade. Refere-se às normas consagradoras dos direitos, que exigem do Estado uma atuação positiva, através de ações concretas desencadeadas para favorecer o indivíduo, também conhecidos como direitos positivos ou direitos de prestação⁶².

Na terceira geração, os direitos adquirem titularidade coletiva. Nessa geração, os direitos se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporarem um conteúdo de universalidade, não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direito de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável⁶³.

Embora esse seja o modal clássico das gerações de direitos, há autores que vão além. Bobbio classifica como de quarta geração os direitos de manipulação do patrimônio genético⁶⁴; Bonavides inclui o direito à paz na quinta geração, como um direito que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos⁶⁵.

Essa evolução das gerações de direitos demonstra que as mudanças sociais trazem com elas a necessidade de uma nova percepção sobre as necessidades do homem e o papel do Estado na comunidade. Os mencionados novos direitos nada

⁶¹ CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande: EDUEPB, 2016. p. 67. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/13349>. Acesso em: 4 jul. 2024.

⁶² MOURA, Adriana Galvão. A dignidade da pessoa humana como fundamento da cidadania. In: DINALLI, A.; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire (org.). **Constituição e construção da cidadania**. Leme: JH Mizuno, 2005. p. 22.

⁶³ MORAIS, José Luis de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 164.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça** n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 27 fev. 2024.

mais são que uma conquista da sociedade através de lutas democráticas e, por sua vez, têm natureza emancipatória, pluralista, de ordem coletiva e indivisível⁶⁶.

O termo “novos direitos”, assim, refere-se a direitos que emergiram ou ganharam maior relevância nas últimas décadas, geralmente em resposta a mudanças sociais, avanços tecnológicos, demandas de grupos marginalizados ou desenvolvimentos legais e políticos. Esses direitos apresentam desafios inovadores para a ciência jurídica, tanto em termos doutrinários quanto em sua efetivação. Conforme assinala Victória Pasqualotto, os chamados novos direitos mostraram a necessidade de se pensar em um novo processo civil⁶⁷.

Esses direitos são considerados como extensões dos direitos humanos existentes ou como respostas a novas necessidades e desafios enfrentados pela sociedade contemporânea. A título de exemplo, podemos citar:

1. direitos dos povos indígenas (reconhece a importância da autodeterminação, do respeito aos territórios tradicionais, da preservação da cultura e da promoção da participação política e do acesso a recursos para os povos indígenas);
2. direitos das pessoas com deficiência (envolve a garantia de igualdade de oportunidades, acessibilidade, inclusão social, adaptações razoáveis e proteção contra discriminação para pessoas com deficiência);
3. direitos digitais (relacionados à privacidade, liberdade de expressão, acesso à internet, proteção de dados, neutralidade da rede e questões relacionadas à governança da internet);
4. direitos das mulheres e igualdade de gênero (envolve a busca por igualdade de oportunidades, eliminação da discriminação de gênero, combate à violência de gênero e garantia dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres); e
5. direito antidiscriminatório (ramo do direito que busca prevenir, combater e remediar a discriminação em várias esferas da vida, abrangendo a luta por igualdade de grupos minoritários, raciais, de orientação sexual e de gênero como um todo).

⁶⁶ STEFFANI, Caroline Rossato; CIGNACHI, Janaina Cristina Battistelo. **Hermenêutica e os direitos fundamentais de terceira geração**: eficácia e aplicação da norma constitucional. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=003a8eb4813be2f8>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁶⁷ PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 1209.

Os novos direitos, para além da compreensão individual, têm potencial de alcance de toda a coletividade. A nota distintiva desses direitos de terceira geração reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida⁶⁸. Da mesma forma, quando se tem em mente ações afirmativas, no contexto do direito antidiscriminatório, fala-se na instituição de medidas compensatórias destinadas a promover a implantação do princípio constitucional da igualdade em prol da comunidade negra brasileira⁶⁹.

Ao compreender as conquistas vinculadas a cada uma das gerações de direitos fundamentais, torna-se possível entender a extensão do direito à igualdade de gênero, que abarca desde direitos civis e liberdades individuais até medidas afirmativas promovidas pelo Estado e a proteção legal de direitos coletivos. Isso ocorre devido à disparidade temporal no reconhecimento dos direitos fundamentais entre homens e mulheres, evidenciando que, enquanto os direitos civis e liberdades individuais foram estabelecidos em momentos iniciais, as ações afirmativas estatais e a proteção jurídica de direitos transindividuais representam avanços posteriores, reflexo de um crescente reconhecimento da importância da igualdade de gênero e da necessidade de medidas específicas para enfrentar desigualdades históricas e estruturais.

Admite-se ainda que a atuação judicial das Supremas Cortes pode, em alguma medida, ser fonte de criação de direitos, mediante a adoção das chamadas decisões construtivas (manipulativas), em conjunto com outras técnicas de decisão, como a interpretação conforme a Constituição⁷⁰. Como exemplo, tem-se a ADI 4.275, na qual o STF enfrentou questão relativa à possibilidade de alteração de nome e gênero no registro civil por pessoas trans. Nesse caso, o STF, mediante a técnica da interpretação conforme, afirmou que estava reconhecendo às pessoas trans o direito à substituição de prenome e gênero, diretamente no registro civil⁷¹. Foi proferida uma

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 211.

⁶⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Série Cadernos do CEJ*, n. 24, p. 85-153, 2003. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_205135.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁷⁰ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; AROUCHE JUNIOR, Deomar de Assencão. A criação de novos direitos pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 27, n. 2, p. 78-103, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2175/738>. Acesso em: 27 fev. 2024.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 1 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

sentença aditiva, a qual inferiu um novo direito, até então não previsto expressamente pelo ordenamento jurídico⁷².

Nesse encadeamento de ideias, tem-se que a igualdade de gênero, além de ser um vetor constitucional, é um direito fundamental, que, por se apresentar em uma situação de desconformidade intensa, torna-se um problema estrutural e pode, portanto, ser objeto de um processo estruturante. No decorrer das pesquisas desenvolvidas, verificou-se a existência de relevantes informações acerca de ações judiciais que tramitaram no STF relativas ao objeto deste trabalho. É o que se passa a analisar.

4. A atuação da jurisdição constitucional do STF na solução de problemas estruturais de gênero e cumprimento do ODS 5

A atuação do magistrado, em litígios tidos como estruturais, acaba por ser mais ampla diante da própria característica dos problemas enfrentados. É preciso que se permita alguma atenuação da regra da congruência objetiva externa (art. 141 c/c art. 492 do Código de Processo Civil), que prevê a correlação entre a decisão e a demanda, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”⁷³.

O STF, atendendo às necessidades prementes relativas às demandas estruturais, editou a Resolução 790/2022. Considerando demandas complexas e estruturais, a referida resolução prevê que é necessário empregar abordagens e intervenções diferenciadas, como flexibilidade procedimental, consensualidade, negociações e métodos de prova atípicos, medidas executivas e formas de cooperação judiciária estabelecidas na nova resolução. Seu objetivo é auxiliar o STF na resolução de processos que visam reestruturar situações violadoras da Constituição Federal e que exijam técnicas processuais especiais e intervenções jurisdicionais diferenciadas para garantir o efetivo exercício dos direitos.

⁷² CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; AROUCHE JUNIOR, Deomar de Assencão. A criação de novos direitos pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 398, nov. 2013. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

A referida resolução criou ainda o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Cesal), dentro da estrutura da Presidência, composto por três unidades. A primeira é o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), estabelecido em 2020, com o propósito de resolver questões jurídicas de competência do STF por meio de acordos. A segunda é o Centro de Cooperação Judiciária (CCJ), regulamentado pela Resolução 775/2022, que prevê a colaboração entre o STF e outros órgãos do Poder Judiciário para a realização de atos judiciais ou administrativos. A terceira unidade é o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CadeC), estabelecido na nova resolução.

Tal resolução corrobora⁷⁴ a hipótese levantada na pesquisa de que os litígios estruturais demandam um olhar e agir diferenciado por parte dos magistrados, bem como uma lógica diferente da conhecida lide carneluttiana, na qual o processo deve pairar entre dois extremos, cabendo ao juiz determinar quais desses dois extremos será ganhador e qual será o perdedor⁷⁵. Por essa razão, os litígios estruturais têm uma natureza policêntrica e não se encaixam, de maneira adequada, no modelo processual tradicional.

O Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC) apresentou, entre o período de outubro/2023 a dezembro/2023, 13 notas técnicas produzidas, 14 decisões estruturais/complexas com apoio do Núcleo, 3 processos em monitoramento e 10 audiências e reuniões técnicas⁷⁶.

Os três processos estruturais atualmente monitorados pelo NUPEC são todos arguições de descumprimento de preceito fundamental. São eles: ADPF 347 – Min. Luís Roberto Barroso; ADPF 635 – Min. Edson Fachin; e ADPF 709 – Min. Luís Roberto Barroso. Importante ressaltar que nenhuma dessas ações trata sobre desigualdade de gênero, não obstante essas ações representem um grande avanço no sentido de o Poder Judiciário ter esse olhar diferenciado acerca das necessidades específicas relativas aos processos estruturantes.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022**. Art. 3º. Brasília: STF, 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2024.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Traducción: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944. t. 1. p. 11-48.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC. **STF Supremo Tribunal Federal**, 2024. Página inicial. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 4 jul. 2024. Acesso em: 28 fev. 2024.

Ainda na esteira da análise das atividades de busca pela igualdade de gênero praticadas pelo STF, além da edição da Resolução 790/2022, foi criado um *hotsite*⁷⁷ que apresenta um painel de dados que relaciona as decisões do Supremo com os objetivos do desenvolvimento sustentável. Os dados apresentados no painel são derivados do acompanhamento das ações de controle concentrado e dos recursos com repercussão geral reconhecida pelo Plenário do STF, os quais têm correlação com um ou mais objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. Os dados são referentes aos processos julgados durante o ano de 2020 que foram divulgados no informativo de jurisprudência, incluídos na pauta dirigida do Plenário ou faziam parte da pesquisa de jurisprudência, ou seja, acórdãos publicados em 2020.

Pesquisando, coletando, compilando e analisando os dados contidos no referido *hotsite*, verificou-se que 64 ações que tramitaram no STF são relacionadas ao objetivo 5 da Agenda 2030, qual seja, igualdade de gênero. Desses processos, 34 eram ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), 16 arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), 9 recursos extraordinários (RE), 3 reclamações (Rcl), 1 recurso extraordinário com agravo (ARE) e 1 *habeas corpus* (HC).

Delimitando um pouco mais a abrangência, coletaram-se, no decorrer da pesquisa, as principais ações relacionadas à temática objeto deste artigo em tramitação no STF. São elas: ADI 3.510 (Lei de biossegurança – pesquisas com células-tronco embrionárias); ADI 4.424 (violência doméstica – ação penal pública incondicionada); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 (violência doméstica – constitucionalidade da Lei Maria da Penha); ADPF 54 (interrupção da gestação de feto anencefálico); RE 658.312 (intervalo antes da jornada extraordinária da mulher); RE 778.889 (licença-adorante); ADI 5.617 (financiamento eleitoral de candidaturas femininas); RE 1.058.333 (igualdade material, liberdade individual, direito à saúde, à maternidade e ao planejamento familiar); ADI 5.938 (proteção constitucional à maternidade e trabalho insalubre); ADPF 457 (exclusão de material didático sobre gênero da rede municipal de ensino); ADPF 467 (exclusão da diversidade de gênero e da orientação sexual da política municipal de ensino); ADPF 738 (candidaturas de mulheres negras); e ADPF 779 (legítima defesa da honra e igualdade de gênero).

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agenda 2030. STF Supremo Tribunal Federal, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

No contexto jurisdicional, verifica-se que o STF tem desempenhado papel ativo diante da desigualdade de gênero. Em julgado recente, nas ADIs 7.491 e 7.492, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade da limitação de 10% das vagas para mulheres em concurso da Polícia Militar. Para o Relator, Min. Cristiano Zanin⁷⁸,

Essa proteção se reforça quando somada ao princípio da igualdade, a fim de estimular e balizar a produção de legislações específicas protetivas em relação às mulheres. Estabelece-se com o intuito de reverter as desigualdades históricas e sociais que desde sempre desafiam a posição feminina no mercado de trabalho, além de reconhecer e proteger as especificidades inerentes ao ser mulher, tais como, a estabilidade provisória conferida durante o período de gestação e a licença-maternidade.

Em outro julgamento recente que corrobora o papel da jurisdição constitucional na promoção da igualdade de gênero, temos o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 229.558. Nesse, o Supremo, “reconhecendo novamente a notória epidemia de crimes violentos contra mulheres no Brasil e a evidente necessidade de que as situações de discriminação de gênero sejam devidamente endereçadas pelo Poder Judiciário, de forma a reforçar o poder normativo da Constituição”⁷⁹, entendeu que o júri não pode absolver, por clemência, o acusado de feminicídio.

Em outra perspectiva, mas ainda voltada à atuação judicante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero⁸⁰, instituído pela Portaria CNJ 27, de 2 de fevereiro de 2021, que buscou a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, relativas, respectivamente, ao enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e ao incentivo à participação feminina no Poder Judiciário.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7492/AM**. Relator: Min. Cristiano Zanin, 14 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=775752641>. Acesso em: 1 mar. 2024.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 229558/PR**. Relator: Min. Nunes Marques, 21 de novembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774304634>. Acesso em: 1 mar. 2024.

⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. **CNJ Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

Como fruto da pesquisa, verificou-se que não existe um único grande processo abrangente que lide com todos os aspectos da desigualdade de gênero. No entanto, foram identificadas várias ações em tramitação no STF que abordam esse assunto de diferentes maneiras. Essas ações, mesmo abordando o tema por diferentes perspectivas, formam o que chamamos de conjunto de processos transformadores de estruturas.

Essencialmente, esse conjunto consiste em um conjunto de ações interligadas que têm como foco central a desigualdade de gênero. Ao cabo, quando consideramos todas essas ações em conjunto, constatamos que elas resultam de várias mudanças na estrutura do sistema, afetando profundamente todos os aspectos relacionados ao tema principal. Isso nos aproxima mais de um cenário ideal em que a desigualdade de gênero é gradativamente reduzida.

5. Conclusão

Dentro de um cenário marcado pelo frequente desrespeito à igualdade de gênero, torna-se imperativo que o campo jurídico se volte ativamente ao desenvolvimento de estratégias capazes de ampliar a proteção e a efetividade da perspectiva de gênero. Este artigo buscou enfatizar não apenas a necessidade de assegurar o direito à pretensa igualdade, mas também ressaltar a importância crucial do processo estrutural para garantir esse direito de maneira mais eficaz.

Na revisão realizada, percebeu-se que o processo estruturante busca estabelecer vínculos entre os poderes do Estado, agentes políticos e atores sociais, com o propósito de promover mudanças nas realidades sociais que sistematicamente infringem direitos.

Na pesquisa foi elaborada uma narrativa com o objetivo de esclarecer que um processo estruturante é aquele que aborda um problema estrutural. Destacou-se que a desigualdade de gênero é um desses problemas. Verificou-se que é perfeitamente viável, até mesmo recomendado, promover um processo estrutural para lidar com esse tema, considerando os mecanismos especiais que conferem uma maior efetividade aos resultados alcançados quando se faz uso de um processo estruturante.

Em seguida, procurou-se identificar um conjunto de ações realizadas pelo STF, tanto diretamente quanto indiretamente, que poderiam impactar o problema estrutural mencionado, qual seja, a desigualdade de gênero. Elencou-se o rol dessas ações constitucionais com o objetivo de demonstrar qual o recorte metodológico utilizado como referência.

Constatou-se que não há um grande processo único, estrutural, que trate de todos os aspectos relacionados à desigualdade de gênero, por motivos óbvios. Contudo, identificou-se um conjunto de ações, em tramitação no STF, que versavam sobre esse assunto, mesmo que por vieses diversos, o que se denominou de conjunto de processos transformadores de estruturas. Trata-se de uma espécie de feixe de ações correlacionadas, cujo objeto principal permeia todas elas, no caso a desigualdade de gênero, ao se verificar todo o conjunto da obra, diversas mudanças na estrutura do sistema são realizadas, de modo a impactar estruturalmente todo o entorno do tema principal, se aproximando mais do estado de coisas ideal.

Ao identificar as ações realizadas pelo STF que impactam direta ou indiretamente o problema estrutural da desigualdade de gênero, a pesquisa destaca o papel crucial desempenhado pela jurisdição constitucional na solução de um problema de ordem estrutural.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91342>. Acesso em: 28 fev. 2024.

ALVES, Branca Moreira. **Ideologia e Feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2000.

ARAÚJO, Tânia Maria de; ROTENBERG, Lucia. Relações de gênero no trabalho em saúde: a divisão sexual do trabalho e a saúde dos trabalhadores. *In*: ASSUNÇÃO, Ada Ávila; BRITO, Jussara (org.). **Trabalhar na saúde: experiências cotidianas e desafios para a gestão do trabalho e do emprego**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. **CNJ Conselho Nacional de Justiça**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agenda 2030. **STF Supremo Tribunal Federal**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC. **STF Supremo Tribunal Federal**, 2024. Página inicial. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 28 fev. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**, v. 48, n. 338, p. 277-298, abr. 2023. Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2023/04/Processo-reestruturante-familia.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Traducción: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uthea, 1944.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; AROUCHE JUNIOR, Deomar de Assencão. A criação de novos direitos pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 27, n. 2, p. 78-103, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2175/738>. Acesso em: 27 fev. 2024.

CHAUI, Marilena. Democracia e autoritarismo: o mito da não-violência. In: CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 115-142.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande: EDUEPB, 2016. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/13349>. Acesso em: 4 jul. 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021. v. 4: Processo coletivo.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 459-492.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 5 jun. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESTRUTURA. DICIO Dicionário Online de Português, [2023]. Verbete. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/estrutura/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 27 maio 2022.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 975-1020.

GINSBURG, Ruth Bader. **Speaking in a Judicial Voice**. *New York University Law Review*, v. 67, 1992. Disponível em: https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_059254.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. **Série Cadernos do CEJ**, n. 24, p. 85-153, 2003. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_205135.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

JELIN, Elizabeth. Mulheres e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, v.2, n.3. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16293/14834>. Acesso em: 10 jul. 2024.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

LIMA, Paola. Mulheres na política: ações buscam garantir maior participação feminina no poder. [Com a colaboração de] Raissa Portela, sob supervisão. **Agência Senado**, 27 maio 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/05/aliados-na-luta-por-mais-mulheres-na-politica>. Acesso em: 27 fev. 2024.

LIMA JUNIOR, Eduardo Brandão *et al.* Análise documental como percurso metodológico na pesquisa qualitativa. **Cadernos da Fucamp**, v. 20, n. 44, p. 36-51, 2021. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2356>. Acesso em: 26 de jun. 2024.

LOUREIRO, Valtair Lemos. **O diálogo das fontes como método integrativo do microssistema processual civil coletivo de tutela do patrimônio público**. [S.l.: s. n., 20--]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=45ea3375b621c477>. Acesso em: 27 fev. 2024.

MATOS, Ivy Daniela Monteiro. Dominação, relações de gênero e trajetórias de elevação da escolaridade. **Revista Sociais e Humanas**, v. 30, n. 2, p. 7-20, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/27279>. Acesso em: 1 mar. 2024.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Rosana Maria; MISKULIN, Rosana Giaretta Sguerra. A análise de conteúdo como uma metodologia. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 165, p. 1044-1066, jul./set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/ttbmyGkhjNF3Rn8XNQ5X3mC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**: MPRJ, n. 52, p. 71-91, abr./jun. 2014. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Jorge_Miranda.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOURA, Adriana Galvão. A dignidade da pessoa humana como fundamento da cidadania. In: DINALLI, A.; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire (org.). **Constituição e construção da cidadania**. Leme: JH Mizuno, 2005. p. 15-36.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Women and human development**: the capabilities approach. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. **Theoria**: revista eletrônica de filosofia, n. 3, p. 10-26, 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorica_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 27 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. **Nações Unidas Brasil**, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 29 fev. 2024.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013/78228>. Acesso em: 29 jun. 2023.

PARADELLA, Rodrigo. Diferença cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que os homens. **Agência Notícias IBGE**, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022. p. 1203-1256.

RODRIGUES, Fabiana Alves. Barreiras à efetivação da igualdade salarial de gênero no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 31, n. 1, p. 1-13, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/FD9sRqs7L8PpsMYftwH6Bvw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

SÁ, Rodrigo Mendes de. O mandado de injunção e o direito de greve no serviço público: o papel do princípio da supremacia do interesse público na mudança da jurisprudência do STF. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 7, n. 1, p. 175-202, 2008. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20382>. Acesso em: 20 fev. 2024.

SANTILLI, Juliana. **Sociambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

SANTOS, Lília Teixeira. O estado democrático de direito instaurado na democracia brasileira com a Constituição federal de 1988 (CF/88): estado de direito e de justiça social. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 117, out. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito-instaurado-na-democracia-brasileira-com-a-constituicao-federal-de-1988-cf-88-estado-de-direito-e-de-justica-social/>. Acesso em: 6 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 3, p. 771-806, set. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/rrzjWsfsg6pgJQdRgNVndYzH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jul. 2024.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**: REDP, v. 16, n. 16, p. 157-188, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/19106>. Acesso em: 7 fev. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

SILVEIRA, Gustavo Borges; CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. Os “novos” direitos e a irrupção da proteção constitucional dos direitos da natureza. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 6, n. 13, p. 188-207, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44930/28962>. Acesso em: 27 fev. 2024.

STEFFANI, Caroline Rossato; CIGNACHI, Janaina Cristina Battistelo. **Hermenêutica e os direitos fundamentais de terceira geração**: eficácia e aplicação da norma constitucional. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=003a8eb4813be2f8>. Acesso em: 27 fev. 2024.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; BUSIQUIA, Thais Seravali Munhoz Arroyo. A tutela coletiva sob o viés do acesso à justiça: análise de sua efetividade através do processo coletivo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 11, n. 37, p. 151-184, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/127>. Acesso em: 7 jul. 2024.

VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 22, n. 2, p. 85-114, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1915>. Acesso em: 7 jul. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 7 jul. 2024.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 329-383.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

WALBY, Sylvia. **Theorising Patriarchy**. Oxford: Blackwell, 1990. Disponível em: https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/21680/1/1990_Walby_Theorising_Patriarchy_book_Blackwell.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

WEBER, Max. **Textos coligidos**. São Paulo: Ática, 2001.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. Brasília: UnB, 2004.

WEBER, Max. **O que é a burocracia**. São Paulo: CFA, 1991.

WOMEN business and the law 2024. Washington: World Bank Group, 2024. Disponível em: <https://wbl.worldbank.org/en/reports>. Acesso em: 1 mar. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 1 de março de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7492/AM**. Relator: Min. Cristiano Zanin, 14 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=775752641>. Acesso em: 1 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 229558/PR**. Relator: Min. Nunes Marques, 21 de novembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774304634>. Acesso em: 1 mar. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Brasília: STF, 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a272>

Data de submissão: 31/8/2023

Data de aprovação: 20/5/2024

Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas: técnicas de efetivação e ampliação do acesso à justiça¹

Award calculation phase and enforcement in complex litigation: techniques for effectiveness and expansion of access to justice

Liquidación y ejecución de sentencias colectivas: técnicas de implementación y ampliación del acceso a la justicia

Alexandra Fuchs de Araújo²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6568-6192>

E-mail: alexandrafuchsaraujo@gmail.com

Helena Campos Refosco³

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9973-3682>

E-mail: helenarefosco@alumni.usp.br

João Antonio Tschá Fachinello⁴

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1459-8439>

E-mail: joaofachinello96@gmail.com

¹ ARAÚJO, Alexandra Fuchs de; REFOSCO, Helena Campos; FACHINELLO, João Antonio Tschá. Liquidação e cumprimento de sentenças coletivas: técnicas de efetivação e ampliação do acesso à justiça. **Suprema**: revista de estudos constitucionais. Brasília, v.4, n.2, p. 671-720, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a272>.

² Doutora e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em História (1987) e em Direito (1996) pela USP. Atualmente é juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, e atua principalmente nos seguintes temas: políticas públicas, controle, governança pública, administração pública e desenvolvimento. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7049217401068432>.

³ Participante do The Hubert H. Humphrey Fellowship Program. Doutora em Direito pela USP. Foi pesquisadora visitante na Faculdade de Direito de Harvard. Juíza de Direito do Estado de São Paulo. Integrante do Centro Observatório das Instituições da USP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3891233855334548>.

⁴ Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR, 2021). Bacharel em Direito (UFPR, 2019). Membro do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4051120967914577>.

Resumo

Este artigo objetiva propor soluções para os desafios da liquidação e efetivação de sentenças coletivas, notadamente daquelas relativas a danos socioambientais decorrentes de grandes desastres. A falta de transparência, a lentidão e a inefetividade das indenizações provocam os “danos decorrentes do processo de reparação”, os quais retratam exclusões sistemáticas de acesso à justiça. A proposta deste artigo volta-se à efetivação coletiva de sentenças proferidas contra atores privados e públicos, apresentando-se, mediante a metodologia de estudo de casos, exemplos concretos de medidas já adotadas com êxito. Dentre as técnicas sugeridas, destacam-se (i) as sentenças com parâmetros e sua consecução pela via judicial ou administrativa, inclusive por meio de plataformas tecnológicas; (ii) a ordem judicial de liquidar como obrigação de fazer lateral ao pagamento e, no caso de a devedora ser a Fazenda Pública; (iii) a liquidação coletiva e o pagamento como alternativas à liquidação individual e à expedição do ofício requisitório, valorizando-se a consensualidade na solução de controvérsias fazendárias.

Palavras-chave

Liquidação; efetivação; sentença coletiva; danos individuais; acesso à justiça.

Sumário

1. Introdução. 2. Tutela reparatória de interesses individuais e as limitações do processo coletivo legislado: em especial, o problema da liquidação e da efetivação da sentença coletiva. 3. Tutela coletiva de direitos individuais sem prévia liquidação: possíveis técnicas. 4. A execução invertida de títulos coletivos contrários à Fazenda Pública. 5. Conclusão.

Abstract

The purpose of this article is to propose solutions to the challenges of settlement and enforcement of collective judgments, notably those related to socio-environmental damages resulting from major disasters. The lack of transparency, slowness and ineffectiveness in indemnities causes “damage resulting from the reparation process”, which portray systematic exclusions of access to justice. The purpose of this article focuses on the collective implementation of sentences handed down against private and public actors, presenting concrete examples of measures already successfully adopted. Among the suggested techniques, we highlight (i) judgments with parameters and their enforcement through judicial or administrative channels, including through technological platforms, (ii) the court order to settle as an obligation to make a side payment and, in the case the debtor being the Public Treasury, (iii) collective liquidation and payment as alternatives to

individual liquidation and to the issuance of the special judicial orders arising from government debt, valuing consensuality in the resolution of disputes involving the Public Treasure.

Keywords

Award calculation phase; enforcement; collective judgment; individual damages; access to justice.

Contents

1. Introduction. 2. Restorative protection of individual interests and the limitations of the legislated collective process; the problem of award calculation and enforcement of collective judicial decisions. 3. Collective enforcement of individual rights without prior settlement: possible techniques. 4. The inverted enforcement of collective judicial decisions against the Public Treasury. 5. Conclusion.

Resumen

El objetivo de este artículo es proponer soluciones a los desafíos relacionados con la liquidación y ejecución de sentencias colectivas, especialmente aquellas que abordan daños socioambientales causados por grandes desastres. La falta de transparencia, la lentitud y la ineficacia en el proceso de indemnización generan “daños derivados del proceso de reparación”, que representan exclusiones sistemáticas del acceso a la justicia. El enfoque de este artículo se centra en la ejecución colectiva de sentencias emitidas contra entidades privadas y públicas, y presenta ejemplos concretos de medidas que ya se han implementado con éxito. Entre las técnicas propuestas, destacan (i) las sentencias con parámetros y su ejecución a través de procedimientos judiciales o administrativos, incluso mediante el uso de plataformas tecnológicas, (ii) la orden judicial de liquidación como un requisito adicional al pago y, en el caso de que la deudora corresponda a una entidad gubernamental, (iii) la liquidación colectiva y el pago como alternativas a la liquidación individual y a la emisión de una orden de pago, fomentando la resolución consensuada de disputas en derecho público.

Palabras clave

Liquidación; implementación; sentencia colectiva; daños individuales; acceso a la justicia.

Índice

1. Introducción. 2. Tutela compensatoria de daños individuales y las limitaciones del proceso colectivo legislado; en particular, el problema de la liquidación y la ejecución

de la sentencia colectiva. 3. Tutela colectiva de derechos individuales sin previa liquidación: posibles técnicas. 4. La ejecución inversa de títulos colectivos en contra de la Hacienda Pública. 5. Conclusión.

1. Introdução

O processo coletivo é ferramenta forjada para garantir acesso à justiça, possibilitando a superação de desafios estruturais na proteção de direitos, com máxima relevância na seara da litigância ambiental. Nesse âmbito, devido à ocorrência reiterada de desastres ambientais de grande proporção no Brasil, sobretudo relacionados à mineração, revelam-se obstáculos sistemáticos à reparação de danos socioambientais. Essas exclusões representam sérias violações a direitos humanos em nosso país e têm produzido expressiva litigância extraterritorial⁵.

Este artigo defende uma leitura mais atual e contemporânea da legislação aplicável ao cumprimento da sentença coletiva, apresentando técnicas de efetivação desses julgados, aplicáveis a devedores privados e também da área pública. Dentre as técnicas sugeridas, destacam-se (i) as sentenças com parâmetros e sua consecução pela via judicial ou administrativa, inclusive por meio de plataformas tecnológicas; (ii) a ordem judicial de liquidar como obrigação de fazer acessória à condenação de pagar e, no caso de a devedora ser a Fazenda Pública; (iii) o pagamento em folha precedido de ato autorizativo administrativo, valorizando-se as reformas constitucionais recentes que traçam a diretriz da consensualidade na solução de controvérsias fazendárias, e adotando-se o pagamento espontâneo e a execução invertida – também conhecida como execução desjudicializada ou mandamental – na área pública. A apresentação de tais metodologias, úteis tanto no campo ambiental quanto em diversos outros, tem por intuito ampliar o acesso à justiça, entendido este como o alcance da prestação jurisdicional inclusiva, célere, imparcial, eficiente e segura⁶.

O estudo apresenta casos concretos em que as propostas sugeridas foram aplicadas, identifica obstáculos e aponta a forma de sua superação, abordando o desenvolvimento de tecnologias e metodologias e as especificidades das execuções

⁵ Ver. v.g., REINO UNIDO. Royal Courts of Justice. Court of Appeal (Civil Division). **Neutral Citation Number [2022] EWCA Civ 951, Case No: CA-2021-000440**. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Municipio-de-Mariana-v-BHP-judgment-080722.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024; ALEMANHA. Landgericht München I.

⁶ REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

contrárias à Fazenda Pública. Na hipótese de grandes desastres ambientais, tanto atores públicos quanto privados podem ser acionados, daí a relevância de abordar a efetivação coletiva das sentenças sob as duas ópticas. Embora a aplicação de tais métodos ainda seja incipiente no país – diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos (EUA)⁷, fonte inspiradora de nosso sistema processual coletivo –, já há exemplos aptos a servirem de modelos, sendo sua divulgação necessária e relevante para o aprimoramento do sistema processual coletivo.

A inexistência de mecanismos adequados de reparação, além de produzir danos que são, em si, acionáveis em juízo, compromete a função dissuasória do direito e prejudica, dessa forma, o alcance do desenvolvimento sustentável, que se equilibra, conforme leciona Luís Roberto Barroso, nos pilares social, ecológico e econômico⁸. Ainda segundo esse autor, a efetividade representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social⁹.

Para viabilizar a efetividade ao sistema coletivo, o sistema de precedentes qualificados tem um papel a cumprir na construção adequada do seu desenho institucional, em momento muito oportuno, diante da afetação do Tema 1.169 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse julgamento, o STJ terá a dupla oportunidade de valorizar a diretriz da coletivização da execução e da desjudicialização dos sistemas de justiça, destacando-se que esta última não se confunde com a execução extrajudicial, em que ocorre o afastamento total da intervenção do Judiciário¹⁰. Já a desjudicialização, por consistir na delegação de parte do exercício da atividade jurisdicional para órgãos ou pessoas não integrantes do Poder Judiciário, é ferramenta

⁷ Ver exemplos de efetivações coletivas nos EUA em: HENSLER, Deborah R. *et al.* **Class action dilemmas**: pursuing public goals for private gain. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição**: direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 165.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85.

¹⁰ Há exemplos da execução extrajudicial na Lei de Condomínios e Incorporações (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Presidência da República, [2022]. art. 63. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591compilado.htm), no Decreto-lei 70/1966, que estruturou o Sistema Financeiro de Habitação (BRASIL. **Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0070-66.htm), e na Lei de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Presidência da República, [2022]. arts. 22 a 33. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 27 maio 2024).

útil no processo de execução¹¹, podendo contribuir para a solução eficiente dos dilemas enfrentados no cumprimento de sentenças coletivas.

O aprimoramento da fase executiva do sistema processual coletivo brasileiro é, seguramente, uma das missões do nosso tempo e se coaduna com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas, especificamente o ODS 16 (“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”), e seus subitens 16.3 (“Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”) e 16.6 (“Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis”).

Após a introdução, será apresentado o problema que ensejou a redação deste artigo, e, em seguida, serão apresentadas as técnicas mencionadas, aplicáveis a devedores sujeitos ao regime de pagamentos do direito privado. A seguir, serão transpostas as reflexões sobre a efetivação de sentenças coletivas também para a área de direito público, notadamente à luz dos desafios relacionados ao sistema de precatórios e requisições de pequeno valor.

Este artigo recorre à metodologia de estudo de casos concretos. A escolha desse método funda-se na convicção de que é por meio da experiência com casos concretos que o pesquisador se torna perito em determinado tema¹². O valor dos estudos de caso reside na sua maior aptidão para demonstrar a riqueza do comportamento humano, que não se resume a modelos preestabelecidos e que é dependente do contexto e da concretude dos fatos da vida¹³. Ao final, serão expostas as conclusões.

¹¹ João Antonio Tschá Fachinello ressalta que as diversas hipóteses de delegação de competências a terceiros na fase executiva, introduzidas pelo Código de Processo Civil – CPC/2015. (FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 80-82).

¹² FLYVBJERG, Bent. Five misunderstandings about case-study research. *Qualitative Inquiry*, v. 12, n. 2, p. 222, Apr. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221931884_Five_Misunderstandings_About_Case-Study_Research. Acesso em: 28 maio 2024.

¹³ FLYVBJERG, Bent. Five misunderstandings about case-study research. p. 223.

2. Tutela reparatória de interesses individuais e as limitações do processo coletivo legislado: em especial, o problema da liquidação e da efetivação da sentença coletiva

O processo coletivo, ao tutelar direitos de forma preventiva ou reparatória, volta-se, essencialmente, à proteção de três “espécies” de direitos: difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme a taxonomia consolidada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Embora criticável a categorização rígida desses interesses – que, como já se percebeu, podem assumir contornos bastante fluidos¹⁴ –, a intenção aqui é escrutinar, de maneira específica, os instrumentos processuais pensados para a proteção de direitos individuais homogêneos. A partir da constatação da relevância social desses interesses, quer-se propor uma leitura do microsistema coletivo que favoreça a sua efetividade prática¹⁵. Sem embargo dessa limitação quanto ao objeto de análise, as considerações expostas valem para a tutela coletiva de direitos materiais individuais de uma maneira geral (*e.g.* consumo, ambiental, previdenciário), mesmo porque o critério que justifica a aglutinação para tratamento coletivo dessas pretensões homogêneas nada tem a ver com o seu pertencimento a um ou outro ramo do direito¹⁶.

Complementando o delineamento conceitual do art. 81, inc. III, o CDC, no dispositivo que inaugura o capítulo relativo à defesa específica desses interesses

¹⁴ A impertinência de uma separação estanque entre “tipos” de interesses fica evidente no caso das chamadas ações pseudoindividuais (*i.e.* ações que buscam a tutela de posições individuais que, contudo, estão inseridas homogeneamente em uma única situação global) (WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, v. 31, n. 139, p. 35, 2006.).

¹⁵ Já se constatou que, diante da realidade social e econômica contemporânea, caracterizada pela massificação e burocratização das relações, os direitos individuais homogêneos também assumem um caráter ontológico coletivo, a despeito da nomenclatura atribuída pelo legislador. A partir da percepção de que a categorização limita as possibilidades e os instrumentos de efetivação desses interesses classificados como individuais de massa, defendeu-se, por meio da adequada interpretação do microsistema, um tratamento uniforme entre as ações coletivas, independentemente de ser, ou não, divisível o direito tutelado. (REFOSCO, Helena Campos. Repensando os direitos individuais homogêneos nos 30 anos da Constituição. *In*: LOUREIRO, Francisco Eduardo; PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae (org.). *A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/21-30%20anos.pdf?d=637006190849700937>. Acesso em: 27 maio 2024).

¹⁶ Conforme pontua Herman Benjamin, diferentemente do dano ecológico, o dano ambiental pessoal pode configurar prejuízo individual, individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* e difuso. BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *In*: NERY JUNÍOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade civil: doutrinas essenciais*, 2010. v. 7, p. 453-515.

“acidentalmente coletivos”¹⁷, tratou da chamada “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, análoga à *class action for damages* do direito estadunidense, com a previsão de regras de procedimento nos artigos subsequentes. Sem embargo, a previsão dessa ferramenta específica não deve esgotar as possibilidades instrumentais para a tutela de interesses individuais homogêneos, especialmente tendo em conta a ressalva feita pelo art. 83 do CDC.

Todavia, é certo que, em relação a esses direitos, o modelo brasileiro priorizou a intervenção judicial *a posteriori*, reparatória e corretiva, por meio de uma ação específica cuja finalidade é, “declaradamente, a indenização pelos prejuízos individualmente sofridos”¹⁸. Aliás, consoante o art. 103, § 3º, do CDC, mesmo a possibilidade de transporte *in utilibus* da coisa julgada formada em outras demandas coletivas, em benefício de algum interessado, está sujeita ao procedimento individual de liquidação e cumprimento relativo à sentença genérica proferida nessa ação específica (arts. 97 a 100, CDC).

Posto isso, é seguro afirmar que os objetivos centrais do processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos são comparáveis aos do sistema de responsabilização civil como um todo: de um lado, o ressarcimento pecuniário pelos danos injustamente causados a uma pluralidade de sujeitos, sob a lógica da reparação integral¹⁹; do outro, a prevenção de novos comportamentos passíveis de violação homogênea de direitos, vale dizer, a dissuasão, geral e específica, à transgressão da norma²⁰.

Fossem só essas as suas marcas, porém, o processo coletivo destinado à tutela dessas pretensões em nada se distinguiria de qualquer outro processo em sua acepção tradicional, caracterizando, no máximo, um litisconsórcio multitudinário

¹⁷ Faz-se referência à histórica observação de José Carlos Barbosa Moreira, que contrapõe à indivisibilidade dos direitos coletivos a divisibilidade dos individuais homogêneos. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 427-428).

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. 12. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 953.

¹⁹ Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-49). Sobressai, nesse aspecto, o ideal de justiça corretiva no âmbito da responsabilidade civil (WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Oxford: Oxford University Press, 2012).

²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JÚNIOR, H. (coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 139. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8). Sobre a dissuasão de comportamentos ilícitos nas ações de classe, ver: FITZPATRICK, Brian T. Do class actions deter wrongdoing?: the class action effect. **Vanderbilt Law Research Paper**, n. 17-40, p.181-203, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3020282. Acesso em: 27 maio 2024.

em um dos polos da relação, a ensejar o seu desmembramento. Existem, efetivamente, alguns fatores que particularizam o processo coletivo destinado à tutela de direitos individuais.

Por um lado, o surgimento da litigância de massa revelou a necessidade de o Estado, enquanto responsável pela prestação do serviço público de justiça, fazê-lo de forma eficiente, evitando a duplicação de litígios sobre pretensões semelhantes²¹. Da mesma maneira, não seria admissível, em um sistema que preza pela isonomia entre os jurisdicionados, o tratamento desuniforme de situações jurídicas análogas, servindo a agregação, nesse ponto, à promoção do ideal de igualdade por meio do processo²².

Sob outro aspecto, a aglutinação também viabiliza o escopo da dissuasão de comportamentos, mesmo nos casos em que os lesados, em razão da desproporção entre a expressão econômica do direito violado e os custos associados à judicialização, não buscariam reparação pela via individual²³. Aliás, é comum que se afirme, sobretudo nos EUA, que as *small claim class actions* têm como justificativa principal o desestímulo à repetição do ilícito.²⁴ No Brasil, a assertiva deve ser lida com um grão de sal, considerando que, mesmo nessas “ações de bagatela”, a lei impõe que, antes da destinação de valores ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), seja oportunizada a habilitação das vítimas para a reparação direta dos prejuízos. De todo modo, existe um aspecto social bastante interessante, nesse ponto, de *accountability* e de

²¹ Nesse sentido, analisando a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos sob a lente da proporcionalidade panprocessual e da eficiência da atividade jurisdicional como um todo, cf. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos interesses individuais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²² Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. Destacando o papel do processo na garantia de isonomia entre os jurisdicionados, e tratando a igualdade como um elemento do senso de justiça, em referência específica ao sistema de precedentes: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1078-1079.

²³ Esse objetivo é especialmente valorizado no direito estadunidense, que, de uma maneira geral, reconhece na litigância um verdadeiro instrumento de política regulatória. Nesse contexto, as *class actions* permitem a chamada “*aggregate liability*”, favorecendo a aglutinação de pretensões que individualmente se apequenam diante das grandes instituições que operam na sociedade de massas (ROSENBERG, David. The regulatory advantage of class action. In: VISCUSI, W. Kip (org.). **Regulation through litigation**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002. p. 245).

²⁴ BONE, Robert G. Justifying class action limits: parsing the debates over ascertainability and cy pres. **Kansas Law Review**, v. 65, n. 913, p. 922, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3041500. Acesso em: 27 maio 2024; RUBENSTEIN, William B. Why enable litigation: a positive externalities theory of the small claims class action. **University of Missouri-Kansas City Law Review**, v. 74, p. 709-731, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890303. Acesso em: 27 maio 2024.

atuação transparente das grandes instituições²⁵: a ação coletiva impede que microlesões passem despercebidas e sem reprimenda, evitando que a violação de direitos em massa se torne normalidade²⁶, e, nessa medida, tutela indiretamente as categorias da população mais expostas a tais violações, que também são, por via de regra, as mais impactadas pelas suas consequências.

Um terceiro e último ponto, que contextualiza as discussões deste artigo, é o argumento do acesso à justiça. Em sua essência, a ação coletiva se apresenta como um mecanismo que, tendo como premissa a lógica da legitimação por representação²⁷, está especialmente vocacionado à concretização do ideal de acesso à justiça. É inegável o papel que o processo coletivo é capaz de desempenhar, ao menos em tese, na efetivação de direitos individuais inseridos no contexto das *macrolides*, assumindo uma interessante função de fechamento do sistema processual.

Nesse sentido, a ação de classe viabiliza a reivindicação de interesses que, muitas vezes, não justificariam a provocação individual do Poder Judiciário por parte do sujeito interessado, alçando a tutela jurisdicional a esferas onde o processo individual dificilmente se faria presente²⁸. E faz isso tanto ao *facilitar* o acesso daqueles que têm boas condições econômicas quanto ao *viabilizar* a obtenção da tutela jurisdicional por aqueles que têm apenas o suficiente para a sua sobrevivência.

²⁵ LAHAV, Alexandra. The political justification for group litigation. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 6, p. 3197-3200, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/5/>. Acesso em: 27 maio 2024.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. p. 888.

²⁷ Representação como referência aos “legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”. (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-62, out./dez. 2002).

²⁸ Também no direito estadunidense: “The policy at the very core of the class action mechanism is to overcome the problem that small recoveries do not provide the incentive for any individual to bring a solo action prosecuting his or her rights.” (*Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997), citando *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 1997)). A ação coletiva é vista como um instrumento fundamental à vindicação de interesses de grupos de pessoas que, individualmente, não teriam “força” suficiente para levar seus oponentes ao sistema de justiça, identificando-se, nesse aspecto, um dos objetivos dessa técnica de agregação – ainda que, como mencionado, pretenda, especialmente, prevenir a repetição da ilicitude (KAPLAN, Benjamin. A prefatory note. *Boston College Industrial and Comercial Law Review*, v. 10, p. 497, 1968. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/bclr10&div=35&start_page=497&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 27 maio 2024). William Rubenstein compara a inação dos indivíduos nessas situações, de forma bastante interessante, ao problema enfrentado pela teoria dos grupos de Mancur Olson, em “*The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*” (RUBENSTEIN, William B. Why enable litigation: a positive externalities theory of the small claims class action. p. 716 e ss.).

Ao lado disso, o tratamento coletivo de interesses individuais trabalha para equilibrar as disparidades (*e.g.* técnicas, financeiras) que emergem da resolução judicial de conflitos entre particulares e litigantes habituais²⁹, especialmente aqueles envolvidos no fornecimento de bens e serviços de consumo, igualmente responsáveis pela maior parte das violações de direitos em massa.

Enfim, o processo coletivo assume distinta importância na proteção de segmentos da sociedade que, diante de entraves de natureza econômica e carência informacional, ainda se encontram distantes do sistema judiciário. A agregação de interesses e a sua defesa mediante representação adequada são capazes de contornar a situação desses grupos de indivíduos que, de outra maneira, subsistiriam como meros detentores de direitos, de realização prática quase inviável³⁰. Nesse aspecto, a ação coletiva assume um eminente potencial democrático e inclusivo, erigindo-se não apenas como uma solução conveniente, mas como verdadeiro imperativo de justiça³¹.

A despeito dessa evidenciada relevância social, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos ficou comprometida pelas próprias escolhas do CDC, que inaugurou o tratamento processual do tema na legislação brasileira.

Um primeiro ponto a ser observado é a adoção de um procedimento rígido e pormenorizado para o tratamento desses direitos na via coletiva. Sem ignorar a prescrição do art. 83, que admite o uso de “todas as espécies de ações capazes de propiciar adequada e efetiva tutela” dos direitos tratados na lei de consumo, foi expressamente destinada uma em particular para os direitos classificados como individuais homogêneos: a “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos” (art. 91), cuja sentença, em caso de procedência, *será* condenatória e genérica, restrita à fixação da “responsabilidade do réu pelos danos causados”. A opção declarada por uma técnica processual única, para uma realidade tão diversificada, reduz significativamente a utilidade da tutela coletiva de direitos individuais.

²⁹ Sobre o tema, ver: GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. No Brasil, “[...] a ação coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes. [...] Ora, quando afirmamos o princípio da igualdade das partes do processo, na verdade, devemos estar afirmando algo mais do que uma simples equiparação formal.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. p. 436).

³⁰ O uso do termo “viabilidade” para se referir a esse potencial atribui-se a Samuel Issacharoff (ISSACHAROFF, Samuel. Fairness in aggregation. *US-China Law Review*, v. 9, n. 6, p. 484, Dec. 2012. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/uschinalrw9&id=484&men_tab=srchresults. Acesso em: 27 maio 2024).

³¹ Cf. REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**.

Em segundo lugar, é de se notar a insuficiência da técnica de sentença escolhida, sobretudo quando contrastada com as demais ferramentas introduzidas contemporaneamente pela legislação consumerista. Para a ação coletiva destinada à reparação pecuniária de danos individuais, que, como adiantado, é central no âmbito das violações homogêneas, o CDC optou, para o caso de procedência, pela sentença condenatória e genérica, limitada ao reconhecimento da responsabilidade do réu e desprovida de qualquer manifestação própria de executividade. Ao fazê-lo, a compensação dos prejuízos das vítimas ficou na dependência da participação direta de cada uma delas em juízo, mediante a propositura de verdadeiras ações individuais de liquidação (art. 97). Enquanto aqui a tutela foi reduzida, na prática, a uma espécie de preclusão sobre a questão da responsabilidade, que resolve apenas parte do conflito, conferiu-se tratamento bastante distinto às obrigações de fazer e de não fazer: para essas, o art. 84, *caput* e parágrafos, autorizou o juiz a lançar mão das medidas que se mostrem necessárias à efetiva implementação da *ordem* judicial em concreto, independentemente de expressa previsão em lei.

Talvez a opção legislativa, nesse último aspecto, encontre alguma explicação em uma percepção da função jurisdicional própria do Estado liberal, que, embora hoje se encontre superada, durante muito tempo orientou a estruturação do processo civil brasileiro³². Nos ordenamentos influenciados por esses valores, firmou-se uma relação quase indissociável entre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário e a técnica da sentença condenatória em sua concepção tradicional³³. Destituída de elementos próprios de executividade e limitada à *declaração* de um direito, essa técnica era modesta e apenas autorizava que o interessado buscasse, mediante um processo autônomo, a operação prática dos meios de execução previstos em lei (*i.e.* expropriação de bens)³⁴. Essa percepção, de certa maneira, pode lançar luz sobre algumas das

³²Tais valores, dentre os quais está a noção de igualdade formal, de liberdade e autonomia, e de segurança jurídica e proteção contra os arbítrios do Estado, podem ser facilmente identificados na doutrina clássica do processo civil italiano (Cf. MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 42). Essa, por sua vez, teria exercido influência sobre a doutrina brasileira, notadamente aquela responsável pela elaboração e interpretação do Código de Processo Civil de 1973.

³³A concepção clássica da sentença condenatória traduz “um conceito doutrinário formado à luz de certos valores, certamente presentes no direito liberal clássico”, sendo necessário, para compreendê-lo, “tomar em conta os valores do momento em que foi concebido” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54). “Tratando-se do conceito de sentença condenatória, cabe investigar a doutrina italiana” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. p. 93).

³⁴Ovídio Baptista da Silva afirmou que esse tipo de condenação não passava de uma declaração “apenas distinta das sentenças meramente declaratórias por conter, no plano processual, a eficácia especial de natureza constitutiva criadora do título executivo [...] resultado, aliás, a que igualmente chega Liebman, ao ter de admitir que a sentença condenatória ‘não passa de uma declaração’” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 146-147).

razões pelas quais se reputou suficiente, no âmbito da tutela ressarcitória de danos individuais homogêneos, a simples formação de um título coletivo, cabendo, a partir de então, ao indivíduo lesado, no exercício de sua autonomia e liberdade, manifestar – *o óbvio* – interesse no recebimento da indenização.

É importante registrar que as ponderações tecidas nesse ponto não visam simplesmente à crítica à legislação de consumo. Em realidade, as normas processuais por ela introduzidas representaram, à época, grande avanço em termos de efetividade da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer³⁵, antes visto somente no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei 7.347/1985) e sem paralelo no processo individual pelo menos até o início do movimento de reformas do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). Outrossim, a superação desses dogmas, no que tange às obrigações de pagar quantia, só teve início com a Lei 11.232/2005, que aboliu em definitivo a figura da ação autônoma executiva e consolidou plenamente o paradigma do sincretismo no processo civil brasileiro³⁶. E foi apenas com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) que a atipicidade dos meios de execução no campo da tutela pecuniária encontrou algum respaldo na legislação.

Por outro lado, é também compreensível a opção do legislador por um procedimento bifurcado para o processamento de pretensões individuais de massa. Frequentemente, mesmo após a definição da responsabilidade pelo ilícito, ainda não se conhece a identidade dos possíveis beneficiários do título coletivo. Como já afirmou a doutrina, não existindo, em princípio, um juízo de certificação no processo coletivo brasileiro, a exemplo do que ocorre nos EUA, onde se exige do demandante a demonstração de que a classe representada é determinável a partir de critérios objetivos e dentro de um esforço razoável³⁷, a referida situação de indefinição quanto aos

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 767.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da sentença. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 69, p. 20-23, abr. 2006.

³⁷ Trata-se do requisito da *ascertainability*, que, embora não explícito na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, se encontra amplamente consolidado na prática dos tribunais. É comumente relacionado ao requisito expresso da “superioridade do tratamento coletivo” (*superiority*), sendo relevante, também, para que apenas sejam certificadas as ações coletivas “gerenciáveis” (*i.e.* nas quais se afigure possível a notificação individual dos membros, bem como a sua identificação para a distribuição de eventuais ganhos na ação) (SHAW, Geoffrey C. *Class ascertainability*. *Yale Law Journal*, v. 124, p. 2366, 2015. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.2354.Shaw.2404_a1ne6t5o.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.). O requisito da *ascertainability*, em sua interpretação mais rígida, tem sido alvo de críticas pela doutrina estadunidense, na medida em que torna quase impraticável a certificação de ações coletivas que veiculam pretensões de valor muito baixo (*small claims*). Admitindo-se, para esses casos, a prevalência do objetivo de punir o causador do ilícito, chega a ser ilógico exigir a identificação individual de cada membro da classe, atividade que demanda esforço colossal, além de ser extremamente custosa. Ver: GILLES, Myriam. *Class dismissed*:

indivíduos favorecidos pela sentença acaba sendo mais comum do que se imagina³⁸. Reconhece-se também a maior facilidade da parte lesada na tarefa de demonstrar o seu dano pessoal, sua extensão e o nexo de causalidade com o ilícito³⁹.

Ocorre que, na prática, diante das complexidades econômicas e sociais, o procedimento adotado para a ação coletiva sobre direitos individuais se provou ineficaz. A doutrina já detalhou exaustivamente as falhas do procedimento adotado pelo CDC, especialmente na fase de liquidação e cumprimento da sentença coletiva.

Entre as impropriedades identificadas, destaca-se a ausência de regras voltadas à ampla publicidade do processo coletivo. A forma de publicação adotada para informar sobre a propositura da ação é insuficiente⁴⁰, e mais preocupante ainda é a falta de um imperativo legal para tornar pública a sentença proferida. Se já é ilógico conceber uma ação de representação sem garantir o pleno conhecimento de sua tramitação aos indivíduos representados, a ciência acerca da existência do título coletivo se coloca como pressuposto absolutamente essencial para a sua liquidação⁴¹. Nessa medida, a inexistência de um dever de ampla publicidade contribui para a manutenção do cenário de litigiosidade latente⁴², mesmo após a prolação da sentença.

Ainda que venha a ter ciência da existência do título, o indivíduo precisa avaliar se a eventual reparação de seu direito justifica os custos relacionados à propositura da liquidação – que é, em essência, uma ação individual própria, embora

contemporary judicial hostility to small-claims consumer class actions. *DePaul Law Review*, v. 59, p. 305-332, 2009. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol59/iss2/4/>. Acesso em: 27 maio 2024.

³⁸ FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos**: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo. p. 226.

³⁹ Por todos: SILVA, Érica Barbosa. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

⁴⁰ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 61-62.

⁴¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 328-329. O conhecimento de um direito é, intuitivamente, um antecedente necessário da problemática do acesso à Justiça. Na realidade, a própria existência de uma litigiosidade contida, geralmente motivada por razões econômicas, pressupõe, antes, o conhecimento do direito lesado. (WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 28).

⁴² Sobre o termo “litigiosidade latente”, cf. FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à justiça**: uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 87.

tenha o seu objeto reduzido pela sentença coletiva⁴³. E, para talvez surpreender o leitor, uma parcela substancial da população não tem sequer condições de empreender tal análise de custo-benefício, uma vez que os recursos econômicos, a exemplo dos tributos vinculados, já adentram o âmbito familiar com destinação determinada ao custeio de necessidades básicas. Não obstante o papel crucial desempenhado pela Defensoria Pública nesse contexto, a mais recente Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, divulgada em 2022, indicou que, “atualmente, 52.978.825 habitantes não possuem acesso aos serviços jurídico-assistenciais oferecidos pela Defensoria Pública” e que, dentro desse contingente, “48.467.198 são habitantes economicamente vulneráveis com renda familiar de até 3 salários mínimos, que potencialmente não possuem condições de realizar a contratação de advogado particular para promover a defesa de seus direitos”⁴⁴.

A situação é agravada por interpretações conservadoras de parte da doutrina e da jurisprudência, nem sempre alinhadas aos objetivos dessa ação coletiva. É o caso, por exemplo, da interpretação pelo início imediato da fluência do prazo prescricional para a execução individual da sentença coletiva, independentemente de sua ampla publicização⁴⁵, ou da tentativa de impedir qualquer atuação do legitimado coletivo na fase de efetivação do título em favor dos indivíduos⁴⁶.

⁴³ Sobre a ausência de incentivos econômicos suficientes para a instauração da ação individual de liquidação, ver: FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos**: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo. p. 153-159.

⁴⁴ ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa nacional da Defensoria Pública 2022**. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁴⁵ Em 2015, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.388.000/PR, representativo de controvérsia (Tema 877), sedimentou o entendimento de que o prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, reputando-se desnecessárias providências análogas àquela prevista no art. 94 da Lei 8.078/1990. O precedente, além de reputar absolutamente dispensável a publicização da sentença condenatória genérica, acaba criando verdadeiro contrassenso ao admitir que o prazo prescricional individual tenha início independentemente do adequado conhecimento da existência do título pelos seus beneficiários. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1388000/PR**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o acórdão: Min. Og Fernandes, de 26 de agosto de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1407511&num_registro=201301798905&data=20160412&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024).

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 869583/DF**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1151823&num_registro=200600938843&data=20120905&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1947661/RS**. Relator: Min. Og Fernandes, de 23 de setembro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136388435®istro_numero=202100800507&peticao_numero=&publicacao_data=20211014&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1801518/RJ**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/>

É interessante observar que os problemas constatados são muito similares, senão os mesmos, àqueles que a tutela coletiva de direitos individuais buscava evitar desde o início. Embora a coletivização resolva o problema até certo ponto, os obstáculos reaparecem assim que o legitimado, diante da previsão do art. 97 do CDC, “lava as mãos” e deixa a realização do direito ao encargo do cidadão, o qual, porém, vive em uma realidade social muitas vezes não captada pelo processo. Nesse contexto, há que se perceber que o fato de o direito à compensação pecuniária classificar-se, tradicionalmente, como “disponível” não implica necessariamente a efetiva disponibilidade para a fruição pelo seu detentor; por outro ângulo, ninguém duvida do caráter fundamental do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva⁴⁷.

À medida que se aproxima o julgamento do Tema Repetitivo 1.169, essa problemática se apresenta ao STJ, que é chamado a revisitar a orientação firmada no Tema 482. A questão submetida a julgamento gira em torno de definir se a liquidação prévia da sentença coletiva é requisito indispensável para o seu cumprimento ou se cabe ao magistrado, com base nos elementos concretos apresentados nos autos, decidir acerca do prosseguimento da execução individual do título não formalmente liquidado.

A controvérsia surge a partir da constatação prática de que o litígio coletivo, em toda a sua complexidade, nem sempre se ajusta perfeitamente ao procedimento bifurcado delineado rigidamente pelo CDC. Nesse contexto, indaga-se acerca da possibilidade de confiar ao juiz, a quem é dado o poder de flexibilizar e adaptar o procedimento, a tarefa de definir se a liquidação, pela via individual, é ou não imprescindível em um determinado caso concreto.

A discussão envolve talvez um dos temas mais frágeis do atual regramento da tutela coletiva de direitos individuais; contudo também representa um dos campos com maior potencial para a sua renovação e o seu aprimoramento. A definição do precedente pelo STJ, aliás, deve refletir até mesmo na questão da (in)admissibilidade de técnicas executivas diversas daquela constante do CDC, que prescindem da liquidação individual do título – muitas delas, inclusive, já incorporadas ao microsistema de processos coletivos pelo CPC/2015, como é o caso da ordem judicial para cumprimento de obrigações de pagar.

eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=142632476®istro_numero=201900612112&peticao_numero=&publicacao_data=20211216&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁴⁷ Sobre o tema, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. parte I, item 7.6: “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”.

O presente artigo argumenta em favor da única solução constitucionalmente adequada para a questão, alinhada aos próprios fundamentos da tutela coletiva de direitos individuais: aquela que *facilita e viabiliza* a reparação de danos e que, para tanto, admite a adoção da técnica mais adequada em cada situação concreta. No item seguinte, visando fortalecer esse argumento, apresentamos alternativas ao modelo de liquidação individual da sentença genérica, a partir da análise de exemplos práticos.

3. Tutela coletiva de direitos individuais sem fase prévia de liquidação: possíveis técnicas

O procedimento de liquidação individual da sentença coletiva previsto pelo CDC, definitivamente, não é a única via para a efetivação de interesses individuais homogêneos. A prática mostra pelo menos duas outras abordagens possíveis para a questão da individualização do direito reconhecido coletivamente: a) a prolação de sentenças líquidas ou que contenham parâmetros para uma forma simplificada de liquidação; e b) a atribuição da tarefa de liquidação como obrigação de fazer lateral a cargo do devedor coletivo. Aqui, tais possibilidades são apresentadas e, então, densificadas a partir de exemplos concretos.

No primeiro cenário, busca-se contornar a necessidade das liquidações individuais a partir da prolação de uma sentença líquida, prosseguindo o legitimado para a *defesa* (art. 81, CDC) de interesses coletivos na sua efetivação, ou então mediante uma decisão dotada de parâmetros que simplifiquem a tarefa de individualização do título, por via judicial ou até mesmo administrativa.

A prolação de uma sentença líquida ou quase líquida oferece vantagens bastante claras. Por um lado, viabiliza o início imediato dos atos executivos por parte dos legitimados e interessados – ou, pelo menos, de forma facilitada, quando comparada à ação individual de liquidação –, alinhando-se à efetividade ambicionada pelo art. 83 do CDC⁴⁸ e ao ideal de acesso à justiça, como a garantia de “preordenação de instrumentos capazes de promover a efetiva tutela de direitos”⁴⁹. Por outro,

⁴⁸ O art. 83 do diploma consumerista admite todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela de direitos individuais homogêneos, do que se pode extrair, também, o cabimento de qualquer tipo de provimento jurisdicional para realizar praticamente o direito.

⁴⁹ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. p. 14.

promove economia processual, mediante o aproveitamento das descobertas fáticas obtidas na fase de conhecimento da ação coletiva, evitando ou reduzindo a pulverização da discussão por meio de liquidações individuais. Afora essas vantagens, suficientes para justificar a primazia dessa técnica de sentença, o próprio CPC/2015, que integra o microsistema de tutela coletiva, prevê, em seu art. 491, uma espécie de “preferência geral” por sentenças líquidas, mesmo no caso de o pedido ter sido genérico, regra que também deve se estender ao processo coletivo⁵⁰. Dessa maneira, o juiz, por dever, e o legitimado coletivo, para o melhor cumprimento de sua função, devem reunir esforços para que do processo coletivo resulte, sempre que possível, uma sentença líquida⁵¹.

Evidentemente, haverá situações em que a identificação das vítimas ou a determinação do valor dos danos na fase de conhecimento será impraticável, ou muito onerosa. Por conseguinte, nem todos os litígios coletivos comportarão a prolação da sentença líquida, mantendo-se indispensável alguma forma de participação direta das vítimas na fase de liquidação⁵². Mas, ainda que seja inviável precisar, desde logo, as situações individuais, acreditamos que a sentença coletiva deve, ao menos, estabelecer parâmetros sobre os lesados e os seus respectivos danos, a fim de simplificar ao máximo tal participação.

Mesmo tomando em conta as limitações presentes na ação de representação, a ideia de uma sentença com parâmetros ainda se mostra bastante factível. Quando, por exemplo, os danos sofridos pelos membros do grupo são uniformes, como na compra de produtos de uma mesma série com vícios de fabricação ou na cobrança indevida de uma determinada taxa de serviço, não há motivo para deixar de estabelecer, desde logo, o *quantum* devido, fixando critérios probatórios para o enquadramento dos atingidos na situação genericamente reconhecida. De forma semelhante, a sentença também pode estabelecer uma indenização média para as hipóteses de lesões muito similares.

⁵⁰ A despeito do caráter geral dessa disposição legal em face da regra especial da sentença condenatória genérica do CDC, a leitura adequada do microsistema de tutela coletiva sustenta a interpretação ora defendida. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 318.

⁵¹ Excepcionam-se os casos em que a apuração do *quantum* ou a identificação dos beneficiários dependa de prova de produção demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida em decisão, na forma do próprio art. 491, inciso II, do CPC.

⁵² FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo**. p. 226.

Outra abordagem possível é a definição de critérios para o cálculo da quantia devida, além de fórmulas matemáticas capazes de garantir a aferição isonômica dos prejuízos, mesmo diante de situações que apresentem maiores dissemelhanças. Como exemplo, podemos imaginar a falta de abastecimento de água em uma área rural, afetando famílias agricultoras e causando danos morais (calculados em progressão geométrica com base na quantidade de dias sem abastecimento) e materiais (calculados proporcionalmente à área plantada de determinada cultura)⁵³. Ainda, caso a heterogeneidade dentro do grupo representado assuma algum tipo de padrão, a amostragem dos casos permite a diferenciação de categorias de vítimas na sentença, com a fixação de matrizes de danos e suas respectivas indenizações, técnica especialmente útil em cenários de desastres socioambientais.

No contexto do rompimento das barragens B1, em Brumadinho (MG), e do Fundão, em Mariana (MG), por exemplo, foram elaborados modelos simplificados de indenização a partir de termos de ajustamento de conduta (TACs), com a definição de diferentes categorias de vítimas e padrões aproximados de danos⁵⁴. No segundo caso, especificamente, a técnica foi introduzida inclusive por meio de decisão judicial, após provocação pelas Comissões de Atingidos de diversos municípios da região afetada, insatisfeitas com o programa indenizatório implementado, sobretudo com os critérios de elegibilidade e respectiva prova. Em julho de 2020, a 12ª Vara Federal

⁵³ No caso do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana (MG), os chamados “danos água”, pagos às pessoas que ficaram sem abastecimento de água por mais de 24 horas após o desastre, foram distribuídos em parte pelo Sistema Indenizatório Simplificado, a partir da definição pelo Judiciário de um valor indenizatório diário, multiplicado pelo tempo sem distribuição em cada município atingido. A tabela se encontra disponível em: MATRÍZ de danos: sistema indenizatório simplificado. **Fundação Renova**, 2020. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/relatorio/matriz-de-danos-sistema-indenizatorio-simplificado/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁵⁴ Em Brumadinho, houve acordo entre a mineradora Vale e o Ministério Público do Trabalho, no qual foram estabelecidas indenizações por danos morais e materiais em favor dos familiares dos trabalhadores vitimados, divididos em duas categorias, uma composta por pais, mães, filhos, companheiros e cônjuges e outra por irmãos. (VALE, João Henrique do. Brumadinho: conheça o acordo que prevê indenizações de R\$ 700 mil a parentes de vítimas. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 17 jul. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/07/17/interna_gerais,1070216/conheca-o-acordo-que-preve-indenizacoes-de-r-700-mil-a-parentes.shtml. Acesso em: 28 maio 2024.). No caso de Mariana, num primeiro momento, a Fundação Renova, dando cumprimento às obrigações firmadas no TTAC que deu origem à entidade, elaborou administrativamente uma “Matriz de Danos”, como instrumento operacional do Programa de Indenização Mediada (PIM), destinado ao ressarcimento simplificado de pessoas diretamente atingidas pelo evento, pelos chamados danos “água” e “globais”. Essas vítimas foram organizadas em 12 categorias de agrupamento, entre elas a de danos à residência e a veículos, fatalidades ou desaparecimentos, incapacidade e lesão corporal, danos à atividade produtiva de pescadores, agricultores, garimpeiros, empresários, etc., todas descritas no documento intitulado “Matriz de Danos”, que também conta com a definição de valores indenizatórios para diversas situações e diferentes extensões de dano. Também foi disponibilizada uma “Matriz de Documentos Comprobatórios”, que lista os documentos e as manifestações exigidos para comprovar os critérios de elegibilidade para cada categoria de dano. (MATRÍZ de danos PIMDG1. **Fundação Renova**, 2022. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2022/04/Matriz-de-Danos-PIMDG1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.).

de Belo Horizonte determinou à Fundação Renova a criação de um novo fluxo administrativo de pagamentos, o Sistema Indenizatório Simplificado (SIS), para viabilizar a indenização, em parcela única, das categorias com maiores dificuldades de prova, como lavadeiras, artesãos, pescadores de subsistência, entre outros⁵⁵. Além de estabelecer valores indenizatórios para a quitação definitiva em cada categoria⁵⁶, o Poder Judiciário também definiu a documentação mínima necessária para a comprovação de cada ofício⁵⁷.

No âmbito da sentença em ação coletiva, ao se estabelecer parâmetros, a definição exata dos elementos que compõem as obrigações individuais passa a ser bastante simples. De um lado, a indeterminação subjetiva do título coletivo é contornada pela apresentação de documentos previamente reputados suficientes à prova do enquadramento na situação genericamente reconhecida ou em algum subgrupo específico identificado em sentença⁵⁸. De outro, é solucionado o problema da indefinição objetiva a partir da definição de categorias de dano e suas respectivas indenizações, com a listagem de elementos de prova suficientes à demonstração da situação danosa, ou então, pela fixação de critérios objetivos para o cálculo das indenizações⁵⁹.

A determinação prévia de categorias de danos, assim como de parâmetros de suficiência probatória e critérios claros e objetivos para o cálculo das indenizações, conduz a uma simplificação significativa da atividade de liquidação, a ponto de eliminar a sua existência como etapa autônoma do processo. O procedimento de

⁵⁵ A sentença paradigma referente ao Município de Baixo Guandu (ES), reproduzida nos demais casos, se encontra disponível em: PORTAL do advogado: decisão judicial dos municípios contemplados: Baixo Guandu, ES. **Fundação Renova**, [2021]. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/release/fundacao-renova-orienta-sobre-o-funcionamento-do-sistema-indenizatorio-simplificado/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁵⁶ A tabela contendo o valor estabelecido para cada categoria se encontra disponível em: MATRÍZ de danos: sistema indenizatório simplificado. **Fundação Renova**, 2020. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/relatorio/matriz-de-danos-sistema-indenizatorio-simplificado/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁵⁷ A título exemplificativo, determinou-se que, “para fins de comprovação do ofício, os ‘revendedores de pescado informais e ambulantes’ deverão apresentar pelo menos DOIS documentos, dentre as seguintes possibilidades: 1. autodeclaração, com firma reconhecida pelo “revendedor de pescado informal e ambulante” em cartório; 2. declaração do comprador do pescado (mercados/supermercados/consumidor final), com firma reconhecida em cartório; 3. registro de MEI; 4. notas de compras de materiais (contemporâneos ao evento e autenticado) [...]”.

⁵⁸ Acerca da ferramenta da *subclassing* do direito estadunidense e da possibilidade de divisão do grupo a partir de elementos comuns, como instrumento de gestão no processo coletivo brasileiro, ver: FACHINELLO, João Antonio Tschá. *Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 326, p. 283-312, abr. 2022.

⁵⁹ FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos**: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo. p. 254.

liquidação individualizada é substituído pela apresentação do título e dos documentos que o complementam e o individualizam, atividade que pode ocorrer no próprio Judiciário ou pela via administrativa, de forma desjudicializada.

No caso do Poder Judiciário, a admissão da sentença com parâmetros implicaria a possibilidade de buscar o cumprimento individual do título coletivo independentemente de prévia liquidação, justamente a hipótese discutida no Tema 1.169 do STJ. Um modelo semelhante de dispensa do procedimento de liquidação foi objeto de debate no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁶⁰ Embora a proposta legislativa nunca tenha se materializado, não vislumbramos impedimento a uma flexibilização do procedimento nesse sentido no ordenamento atual, desde que adequada à realização do direito no caso concreto.

Se a sentença líquida é aquela cujo objeto é “aferível por meio da realização de simples cálculos”⁶¹, parece não haver, na técnica considerada, uma decisão verdadeiramente ilíquida, sujeita a alguma das modalidades de liquidação dos incisos do art. 509 do CPC/2015. Cogita-se a aplicação, por analogia, do § 2º daquele dispositivo, que trata da chamada “liquidação por simples cálculos”, que nada mais é do que a dispensa da fase liquidatória, com o início imediato do cumprimento, quando a apuração do valor devido depender apenas de cálculos aritméticos. Na hipótese da sentença coletiva dotada dos elementos essenciais ao cálculo do dano, em sendo possível demonstrar, por meio de simples documentação, a legitimidade para a execução do título, que corresponde à titularidade do dano individual, a liquidação, como fase própria, pode ser suprimida⁶².

Proposto o cumprimento de sentença, caso entenda indispensável maior especificação da obrigação individual, mediante produção probatória, o magistrado pode converter o procedimento em uma liquidação propriamente dita, sem necessidade de extinguir o processo, considerando a “fungibilidade” das formas de liquidação

⁶⁰ Segundo o art. 32, *caput* e § 2º, do anteprojeto, a liquidação individual da sentença poderia “ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo”. Trata-se de caso de dispensa de liquidação, mesmo a sentença não tendo sido proferida de forma inteiramente líquida.

⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 189.

⁶² Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 281; SILVA, Érica Barbosa. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. p. 116.

consolidada pelo art. 510 do CPC/2015, além, é claro, da racionalidade e da economia processual. Por essa perspectiva, a opção considerada pela Corte Especial no Tema 1.169, quanto ao exame sobre o prosseguimento da execução pelo magistrado, a partir dos elementos do caso concreto, se torna ainda mais interessante e propícia.

Também merece destaque a utilidade do art. 524, § 1º, do CPC/2015⁶³, que, no presente contexto, possibilitaria uma espécie de análise sumária acerca da quantificação do dano individual perseguido, a partir da documentação apresentada pelo interessado e considerando os parâmetros estabelecidos na sentença coletiva. Nada impede, ademais, que o executado, reputando incorreto o enquadramento promovido pelo exequente ou pelo juiz, traga a questão em sede de impugnação, na forma dos incisos II e V do art. 525 do CPC/2015, que tratam, respectivamente, da ilegitimidade da parte e do excesso de execução⁶⁴.

A proposta aqui defendida já chegou a ser acolhida pelo STJ, no ano de 2020, em dois casos envolvendo a restituição de expurgos inflacionários. Em um dos julgados, a Terceira Turma declarou dispensável a liquidação da sentença coletiva quando “possível a individualização do crédito e a definição do valor exequendo por meros cálculos aritméticos”⁶⁵, autorizando-se, desde logo, o cumprimento do título na forma do art. 509, § 2º, do CPC/2015. No outro, estabeleceu a necessidade da liquidação prévia somente quando “a) existir a efetiva necessidade de se produzir provas para se identificar o beneficiário, substituído processualmente; ou de b) ser imprescindível especificar o valor da condenação por meio de atuação cognitiva ampla”⁶⁶. Esse segundo julgado, contudo, foi reapreciado e modificado pela própria

⁶³ O dispositivo autoriza o juiz a determinar a penhora em montante reduzido, quando constatar que o valor indicado pelo exequente excede os limites da condenação. Há uma espécie de cognição sumária sobre a adequação do pedido do exequente e sobre os documentos apresentados junto do título, de forma semelhante à análise que se propõe em relação ao pedido de execução do título coletivo pelo indivíduo.

⁶⁴ Essa, especificamente, foi uma possibilidade suscitada pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no voto-vista proferido no REsp n. 1.798.280/SP: “Deveras, havendo indícios documentais mínimos da condição de beneficiário do título coletivo, e planilha de cálculos do valor da condenação, eventual controvérsia ainda existente acerca do *cui* e do *quantum debeatur* pode ser resolvida no bojo da impugnação ao cumprimento de sentença, com base nas defesas previstas no art. 525, § 1º, incisos II e V, do CPC/2015”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1798280/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 28 de abril de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1900648&num_registro=201900468823&data=20200504&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024).

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1777929/RO**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 24 de agosto de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114284784®istro_numero=201802949802&peticao_numero=202000367326&publicacao_data=20200827&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁶⁶ STJ, REsp 1798280/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28 abr. 2020.

Turma, diante da consolidação de entendimento contrário no tocante aos expurgos inflacionários, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 1.705.018 e EREsp 1.590.294 pela Segunda Seção do Tribunal. A definição da controvérsia apresentada no Tema 1.169, no entanto, pode mais uma vez alterar o curso dessa questão.

A compensação dos danos individuais, após estipulados os critérios de titularidade e cálculo na sentença coletiva, também pode ocorrer pela via administrativa. Aqui existem diversas abordagens possíveis, mas todas envolvem essencialmente a implementação, junto da parte condenada ou de outra entidade não integrante do Poder Judiciário, de um sistema simplificado de indenização das vítimas, na forma de um canal de pagamentos, eliminando a necessidade das fases de liquidação e execução judicial.

Quando o encargo é atribuído diretamente ao violador do direito, como parte da condenação, o réu coletivo fica responsável pela criação do mecanismo de processamento das habilitações e de distribuição das indenizações às vítimas dos ilícitos coletivos.⁶⁷ O cumprimento da determinação pode envolver o uso de técnicas coercitivas e até a aplicação de sanções premiais, criando uma espécie de pressão positiva sobre a parte condenada. Já quando a tarefa é delegada a uma entidade estruturada com o propósito específico de “processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas”⁶⁸, assume forma análoga a uma “*claim resolution facility*”, instrumento amplamente utilizado nos EUA para lidar com litígios de massa e que, recentemente, vem sendo explorado também pela doutrina brasileira. No caso dessas “entidades de apoio” ao Poder Judiciário, ocorre uma espécie de repartição da cognição judicial com um ente tecnicamente mais especializado, que assume o tratamento das questões individuais do litígio, atuando como um verdadeiro tribunal extrajudicial⁶⁹.

⁶⁷ Nesse sentido, ver: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 127.

⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 287, p. 449, jan. 2019.

⁶⁹ VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 197-198. No contexto do processo estrutural, a doutrina destaca diversas vantagens dessa técnica de desjudicialização (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 304).

Embora as figuras análogas em direito comparado costumem ter base consensual⁷⁰, não há impedimento para que a adoção dessas soluções decorra de uma decisão judicial, como uma espécie de delegação e desjudicialização da atividade liquidatória e executiva⁷¹. Contudo, é fundamental registrar que esse compartilhamento não pode retirar do Poder Judiciário, em qualquer hipótese, a chamada função de tutela, isto é, o poder de controlar os atos praticados pelo delegatário, ainda que *a posteriori*, e de julgar eventuais controvérsias que surjam ao longo da delegação⁷². Nesse contexto, o juiz desempenha um papel essencial de supervisão e fiscalização, que envolve, por exemplo, a análise de relatórios sobre o funcionamento da estrutura e seus resultados. Essa atividade, aliás, se assemelha à implementação de decisões em processos estruturais, que exige o monitoramento contínuo pelo Poder Judiciário⁷³. O controle também pode ocorrer *ex ante*, isto é, no momento da delegação, quando o Judiciário estabelece as linhas gerais, os parâmetros e as diretrizes de atuação, aspecto em que a sentença com parâmetros, no contexto das ações coletivas, desempenha papel absolutamente central⁷⁴.

O já mencionado SIS, no contexto do desastre de Mariana (MG), é um exemplo notável da aplicação simultânea dessas duas técnicas de desjudicialização. Inicialmente, por meio da celebração de um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) entre a União, o Estado de Minas Gerais, suas autarquias e fundações, e a Samarco Mineração S.A., foi criada a Fundação Renova, uma entidade administrativa encarregada da reparação dos danos socioambientais causados pelo

⁷⁰ MCGOVERN, Francis E. Distribution of funds in class actions-claims administration. *Journal of Corporation Law*, v. 35, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2287/. Acesso em: 27 maio 2024. p. 1384; HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law & Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, p. 175, 1990.

⁷¹ Nesse ponto, importante registrar a inovadora tese de Antonio do Passo Cabral que, a partir da resignificação do princípio do juiz natural e da sua compatibilização com a ideia de eficiência do processo, defende a ampla possibilidade de “gestão de competências” do Poder Judiciário, por decisão ou ato normativo. O autor sustenta a delegação da atividade executiva para órgãos públicos e para alguns particulares, inclusive no que diz respeito às competências decisórias, desde que, nesse caso, se mantenha a supervisão e fiscalização jurisdicional sobre os atos delegados. (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 2017. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 451 e 459, 473-476).

⁷² RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2012. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 37.

⁷³ Sobre o tema, ver: GISMONTI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público & medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Jurua, 2018.

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 486-488.

rompimento da barragem, operando de forma semelhante a uma *facility*⁷⁵. Atendendo às cláusulas 31 a 39 do TTAC, que abordam a estruturação de um programa de ressarcimento às pessoas atingidas, foi, então, estabelecido, no âmbito da Fundação, o chamado Programa de Indenização Mediada (PIM).

Em um estágio posterior, a 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, por requerimento das Comissões de Atingidos de diversos municípios, determinou a criação de uma plataforma *online* de adesão voluntária e com matriz de danos própria, destinada ao pagamento de indenizações nos casos de difícil comprovação, para os quais o PIM não havia apresentado resultados satisfatórios⁷⁶. Os dados divulgados pela Fundação mostram um aumento de cerca de 300% no número de termos de aceite nos casos difíceis em pouco mais de um mês de funcionamento do Sistema Simplificado (SIS)⁷⁷. Esse resultado positivo, aliás, fortalece o argumento a favor da tecnologia na resolução de conflitos coletivos, na linha dos mecanismos de *online dispute resolution (ODR)*⁷⁸, especialmente quando fixados parâmetros que direcionem a atuação de agentes investidos ou da própria inteligência artificial⁷⁹.

Enfim, a sentença com parâmetros, associada a uma das formas de efetivação apresentadas, pode se revelar solução adequada e eficiente para uma variedade de casos de litígios complexos em massa, especialmente no contexto dos danos socioambientais. Se corretamente idealizado, o expediente responde suficientemente

⁷⁵ TERMO de transação e de ajustamento de conduta. **Fundação Renova**, 2016. Disponível em: [https://www.fundacaoarena.org/?s=Termo+de+Transa%C3%A7%C3%A3o+e+Ajustamento+de+Conduta+#:~:text=TERMO%20DE%20TRANSA%C3%87%C3%83O%20DE%20AJUSTAMENTO%20DE%20CONDUTA%20\(TTAC\)](https://www.fundacaoarena.org/?s=Termo+de+Transa%C3%A7%C3%A3o+e+Ajustamento+de+Conduta+#:~:text=TERMO%20DE%20TRANSA%C3%87%C3%83O%20DE%20AJUSTAMENTO%20DE%20CONDUTA%20(TTAC).). Acesso em: 28 maio 2024.

⁷⁶ A sentença paradigma referente ao Município de Baixo Guandu (ES), reproduzida nas demais ações ajuizadas pelas Comissões de Atingidos, se encontra disponível em: PORTAL do advogado: decisão judicial dos municípios contemplados: Baixo Guandu, ES. **Fundação Renova**, [2021]. Disponível em: <https://www.fundacaoarena.org/release/fundacao-arena-orienta-sobre-o-funcionamento-do-sistema-indenizatorio-simplificado/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

⁷⁷ NOVO sistema indenizatório simplificado ultrapassa marca de 2 mil termos de indenização aceitos e homologados. **Fundação Renova**, [2020]. Disponível em: <https://www.fundacaoarena.org/release/novo-sistema-indenizatorio-simplificado-ultrapassa-marca-de-2-mil-termos-de-indenizacao-aceitos-e-homologados/>. Acesso em: 28 maio 2024.

⁷⁸ Nesse contexto, a tecnologia é vista como *fourth party* – ou seja, como um quarto ator processual –, cuja função vai muito além de simplesmente transmitir informações, atuando também como vetor para a resolução de conflitos, tal como ocorre com as técnicas de *online dispute resolution (ODR)*. (SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 61; KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice: technology and the internet of disputes**. Oxford University Press, 2017. p. 155-156).

⁷⁹ FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos**: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo. p. 216-221.

às exigências do ideal de reparação integral⁸⁰, além de contribuir para que pessoas em situações idênticas ou semelhantes não recebam tratamento desproporcional, aspecto também fundamental à ideia de justiça⁸¹.

Considerando, ainda, que sentença coletiva não pode formar coisa julgada em desfavor do indivíduo (art. 103, inciso III, do CDC), fica assegurada a possibilidade de liquidação individual do título, na forma do art. 97 e seguintes, àqueles que se sintam prejudicados pelos critérios estabelecidos coletivamente, ou que eventualmente não se enquadrem em nenhuma das categorias predefinidas⁸². É nesse sentido, inclusive, que os programas de indenização mencionados costumam funcionar a partir da lógica de adesão voluntária, como é o caso do SIS, da Fundação Renova. Sob outra perspectiva, ao réu coletivo é garantida a possibilidade de participar ativamente do processo de definição dos critérios e parâmetros durante a fase de conhecimento da ação coletiva, além de poder exercer defesa em execução ou suscitar o controle da atuação administrativa pelo Judiciário, não havendo, em princípio, qualquer cerceamento às suas garantias processuais.

Finalmente, como destacado na abertura deste tópico, é possível cogitar da atribuição da atividade de liquidação ao devedor condenado, quando, por si, tiver condições de individualizar as obrigações contidas no título coletivo, a partir de informações próprias ou às quais tenha fácil acesso.

⁸⁰ Leva-se em conta que o processo coletivo, inserido num contexto de limitação de recursos judiciais, deve sempre se orientar pela obtenção de respostas proporcionais aos problemas apresentados, ainda que não perfeitas. Para Rachel Mulheron, que apresenta o critério de proporcionalidade nesse contexto, seriam admissíveis concessões, relativizações e até eventuais “diminuições” dos direitos materiais individuais em prol do tratamento adequado e econômico das situações de massa. (MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. London: Bloomsbury Publishing, 2004. p. 50-51). De forma semelhante, a partir da ideia de *rough justice*, ver: LAHAV, Alexandra D. *Rough justice*. SSRN, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1562677. Acesso em: 30 ago. 2023. É pertinente ressaltar, nesse ponto, que a máxima da reparação integral, corolário da justiça corretiva, busca colocar o lesado, dentro do possível, em uma situação equivalente àquela anterior ao dano, sendo uma diretriz sistemática a ser perseguida, porém, não necessariamente de maneira absoluta.

⁸¹ Sobre isonomia e igualdade como resultados a serem perseguidos no processo coletivo, ver: LAHAV, Alexandra D. *The case for Trial by Formula*. **Texas Law Review**, v. 90, p. 571-634. Disponível em: https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/349/. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸² Na prática, a probabilidade de ocorrer uma discussão individualizada é bastante reduzida, levando em consideração todas as dificuldades relacionadas à apresentação de uma ação judicial, especialmente no caso de litigantes eventuais. Um indivíduo racional só buscaria diferenciar sua situação específica, por meio de uma ação judicial separada, se o valor que considerasse devido fosse significativamente maior do que o concedido de forma coletiva, o que não deve ocorrer se a definição dos parâmetros de indenização for conduzida de maneira equilibrada e com a participação das partes envolvidas em um processo justo (FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo**. p. 230).

Essa técnica é especialmente útil em situações envolvendo empresas prestadoras de serviços contínuos, como instituições bancárias, provedores de telefonia ou planos de saúde. Nesses casos, é possível que tais empresas ocasionalmente realizem cobranças indevidas ou abusivas em relação a um grande número de consumidores. Considerando a natureza contínua dessas relações, o autor das práticas ilícitas está ciente dos clientes afetados e muito provavelmente tem acesso aos seus dados pessoais, além de conhecer o montante cobrado a maior.

É plenamente possível, portanto, a determinação judicial, por meio da técnica da sentença mandamental autorizada pelo art. 83 do CDC, para que o réu coletivo atue no sentido de liquidação e efetivação da obrigação, na forma de uma “execução invertida”⁸³. Um exemplo seria a condenação à devolução de quantias cobradas ou descontadas indevidamente, por meio de simples depósitos nas contas-correntes dos consumidores afetados, ou até mesmo mediante descontos em prestações futuras.

Nessas hipóteses, a tarefa de identificar os indivíduos e a extensão de seus danos é repassada ao condenado, como uma obrigação de fazer adicional à condenação em dinheiro, porque absolutamente essencial à concretização da tutela ressarcitória. Note-se que a adição de um fazer torna o comando sentencial verdadeira *ordem*, a qual, ninguém duvida, pode ser reforçada por meio de medidas coercitivas, em especial pela multa (art. 84, CDC, e arts. 400, parágrafo único, e 536, *caput*, CPC/2015)⁸⁴. Igualmente, afigura-se possível o emprego de sanções premiais nessas situações⁸⁵, com fundamento no art. 139, inc. IV, do CPC/2015, visando estimular determinados comportamentos do réu coletivo, no sentido de “colaborar” para a obtenção da liquidez.

⁸³ Sobre os fundamentos normativos que autorizam o uso da técnica mandamental nos casos de tutela ressarcitória de interesses individuais homogêneos, ver: FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos**: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo. Item 3.2.2 “A técnica de sentença mandamental (e o uso de medidas coercitivas) em favor da tutela ressarcitória” (p. 231-236).

⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 355. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_e91da806a71e468b8ca6df420dd464e6.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸⁵ Sobre o tema, ver: MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: JusPodivm, 2022.

Dois casos concretos na jurisprudência brasileira ilustram bem o cabimento da técnica mandamental. Primeiro, a decisão do STJ no REsp 1.291.213/SC⁸⁶, que determinou a restituição dos valores cobrados em telefonemas interurbanos e celulares por uma empresa de telefonia que não informou aos consumidores as limitações de seu plano, impondo também, a título de reparação por danos morais à coletividade, um desconto mensal de 5% nas contas futuras durante o período correspondente à cobrança indevida em cada caso.

Já por ocasião do julgamento do REsp 1.304.953/RS⁸⁷, no qual se reconheceu o enriquecimento sem causa de uma instituição financeira que cobrava taxas por pagamentos feitos via boleto, o STJ destacou que, em disputas envolvendo direitos individuais homogêneos, é possível determinar a forma de liquidação ou estabelecer meios tendentes a conferir maior efetividade à sentença, “desde que essas medidas se voltem uniformemente para todos os interessados, mantendo o caráter indivisível do julgado”.

Outro caso emblemático é o do REsp 767.741/PR⁸⁸. Em um primeiro momento, o STJ considerou não haver qualquer ofensa à lei federal na determinação do juízo para que o Banco do Brasil, condenado em demanda relativa a expurgos inflacionários, depositasse os valores devidos em favor dos poupadores listados no processo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Recentemente, contudo, a Segunda Seção julgou procedente ação rescisória referente à execução do mesmo caso, na linha do precedente firmado em 2020 no julgamento do EREsp 1.705.018 e do EREsp 1.590.294, específico aos expurgos inflacionários.

Na rescisória (AR 4.962/PR)⁸⁹, a Corte estabeleceu que, “na fase de execução de sentença, é vedada a mudança do critério expressamente fixado na sentença

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1291213/SC**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 30 de agosto de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1168442&num_registro=201102695090&data=20120925&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1304953/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 26 de agosto de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1254657&num_registro=201200220490&data=20140908&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 767741/PR**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 15 de dezembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=935855&num_registro=200501198937&data=20100824&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Ação Rescisória 4962/PR**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, de 23 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?c>

exequenda transitada em julgado (condenatório para mandamental), devendo ser preservada a segurança jurídica e a imutabilidade do *decisum*". A Corte também declarou que, em "sendo necessária liquidação de sentença, pelo procedimento comum, para apurar os beneficiários da sentença e o valor a cada um deles devido, o caráter mandamental conferido pelo acórdão rescindendo à sentença coletiva genérica ofende a literalidade dos arts. 95 e 98, *caput* e § 1º, do CDC".

O julgado, contudo, deve ser visto com algumas ressalvas. No tocante à modificação da técnica executiva, é preciso lembrar que, preservada a espécie de tutela pretendida pelo demandante, a técnica processual necessária à sua efetivação não fica submetida à regra da adstrição ou à imutabilidade da coisa julgada, prevalecendo, nesse caso, a fungibilidade. Nesse sentido, a doutrina exemplifica que, "se a sentença tiver imposto o pagamento de soma sob pena de multa coercitiva, nada impede que o juiz altere a técnica de indução se verificar a sua inadequação, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença"⁹⁰.

Ademais, a decisão na rescisória faz menção à impossibilidade do uso da técnica mandamental quando "necessária a liquidação de sentença, pelo procedimento comum, para apurar os beneficiários da sentença e o valor a cada um deles devido". Ou seja, nos casos em que essa liquidação se mostrar dispensável, como nas situações analisadas no presente artigo, não haveria impedimento ao recurso à ordem de efetivação.

Logo, do caso não parece ser possível extrair a máxima de que a técnica mandamental é, invariavelmente, inadmissível para a tutela ressarcitória de direitos individuais de massa – mesmo porque o precedente que sustenta a decisão na rescisória diz respeito especificamente à matéria de expurgos inflacionários. De todo modo, também essa questão deve ser endereçada quando for o julgamento do Tema 1.169.

Em síntese, para outorgar efetividade à tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, preservando-se também a eficiência da atuação jurisdicional, a técnica processual deve passar, sempre que possível, por uma condenação líquida ou, pelo menos, por uma sentença que já contemple a situação fática individual na maior extensão possível ou que atribua ao próprio devedor a tarefa de individualizá-la. O

omponente=ATC&sequencial=124468907&num_registro=201200783185&data=20210803&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 2, p. 971. Segundo os autores, a efetivação de prestações de pagamento de soma em dinheiro fundada em decisão judicial rege-se pela fungibilidade de técnicas.

juízo de adequação acerca da técnica mais adequada cabe, naturalmente, ao magistrado que conduz o caso, em diálogo com as partes interessadas.

É claro que opções dessa natureza transferem para o réu condenado a maior parte dos encargos relacionados à liquidação e à execução, mas, se fosse de outra maneira, arcariam com esses ônus as próprias vítimas do dano. Com efeito, não se pode considerar legítima a opção por meio executivo “menos oneroso” ao devedor, se a técnica escolhida for incapaz de realizar a tutela efetiva do direito ou o fizer de modo muito oneroso para quem busca a realização do direito, ou seja, aquele que, em tese, deveria se beneficiar do processo judicial.

4. O pagamento espontâneo e a execução invertida de títulos coletivos contrários à Fazenda Pública

Após a ocorrência de desastres ambientais, ações podem ser ajuizadas contra o Poder Público na busca tanto de indenizações quanto de obrigações de fazer, as quais, acaso descumpridas, podem ser convertidas em determinação de pagamento⁹¹. Daí a relevância de apontar possibilidades de garantir uma execução mais eficiente, que dispense a expedição de ofícios requisitórios como forma de pagamento do dano, uma vez que esse já foi reconhecido por uma sentença judicial transitada em julgado. Vale notar que o Tema 1.169, conquanto alocado para julgamento pela Corte Especial do STJ e, portanto, aplicável a ações coletivas indenizatórias movidas tanto contra a Fazenda Pública quanto contra particulares, foi afetado a partir de casos concretos que tratam de disputa sobre verbas devidas a funcionários públicos. Neles, os recorrentes sustentam a desnecessidade de liquidação prévia, por entenderem que a apuração do *quantum debeatur* pode dar-se mediante simples cálculos aritméticos com base nas fichas financeiras dos autores (art. 509, § 2º, do CPC/2015), sendo lícito o ajuizamento de execução individual.

Sob a égide do CPC/1973, o STJ já havia formulado tese a respeito, no julgamento do Tema 482, estipulando a necessidade de liquidação da sentença genérica.

⁹¹ A obrigação do Estado de indenizar o dano ambiental, na fase de execução, será sempre subsidiária, como se depreenda da redação da Súmula 652 STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Súmula 652**, 2 de dezembro 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=652&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 28 maio 2024).

Diante da possível superação do precedente, a oportunidade é propícia para afirmar a possibilidade da execução invertida por parte da Fazenda Pública, pois é dever do bom administrador solucionar as condenações pendentes, atendendo ao interesse público primário, atentando ao dever de colaboração que o CPC/2015 corretamente enfatiza para que o ideal de acesso à justiça, como efetividade, seja alcançado.

Nesse sentido, o julgamento do Tema tem potencial revolucionário em termos de ampliação de acesso à justiça, partindo-se de uma busca de maior eficácia dos títulos coletivos formados contra o Estado, ao qual cabe, uma vez condenado, formular proposta de pagamento administrativo, imediato ou não, a depender da disponibilidade orçamentária, a qual será analisada pelo credor.

É importante reconhecer que as dificuldades antevistas para o cumprimento de um julgado podem prejudicar o reconhecimento do próprio direito material. Nesse sentido, o desenho institucional do processo coletivo deve produzir incentivos para que o julgamento se dê à luz da força da razão dos argumentos das partes, evitando-se o risco de comportamento burocratizado do juiz, que se depara com a perspectiva de inviabilização de unidades jurisdicionais pelo trabalho repetitivo de decidir a respeito da expedição de centenas, milhares, ou mesmo centenas de milhares de precatórios e requisições de pequeno valor nas varas de fazendas públicas.

O modelo processual brasileiro é sincrético desde as reformas implementadas pela Lei 11.232/2005 e, portanto, harmônico com a lógica invertida, que agiliza o pagamento ao credor e garante ao devedor a certeza dos dados que embasaram a execução. O modelo é compatível com o regime constitucional de ofícios requisitórios, adotado para os casos de pagamento de valores pelo erário, que poderão ser expedidos pelo valor estabelecido entre as partes, evitando controvérsias, na fase de execução, quanto à legitimidade ou não do credor para pleitear o crédito, a data base de cálculos, a incidência de juros, a correção monetária, o termo inicial e final do débito.

Essa forma de pagamento não é inédita. Nas Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça, *v.g.*, o art. 361-A prevê que, “nos cumprimentos de sentenças proferidas nas ações por acidente do trabalho, o cálculo do valor da condenação será, salvo determinação judicial em contrário, apresentado pelo INSS”. Posteriormente, abre-se vista ao credor e, havendo concordância, o juiz determinará a expedição do necessário. Na hipótese de discordância,

o credor apresenta o valor que entender devido, observado o disposto no art. 534 do CPC/2015, intimando-se o INSS para impugnar a execução.

A proposta que este artigo denomina de execução invertida também é compatível com os princípios da celeridade processual e da colaboração. No pagamento espontâneo e na execução invertida, o devedor poderá não apenas propor o valor do débito, como também negociar o pagamento prioritário para aqueles que aceitarem descontos mais elevados, o que amplia o controle sobre o seu passivo com débitos judiciais, com base no negócio jurídico processual, instituto previsto no CPC/2015.

Como instituto processual, sua existência já foi reconhecida pelo STJ, que admite o cumprimento espontâneo da obrigação de pequeno valor pela Fazenda Pública, que apresenta os cálculos devidos e postula a expedição da Requisição de Pequeno Valor, beneficiando o credor, que obtém, de forma mais célere, a quantia em dinheiro que lhe é devida⁹².

Dado o viés prático e propositivo assumido por este artigo, importante apresentar casos concretos em que a proposta neles sugerida haja sido efetivada, sem ofensa à obrigatoriedade de expedição de ofícios requisitórios, conforme estipulado no art. 100 da CF.

O primeiro caso consiste em ação movida pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de São Paulo em face da Prefeitura de São Paulo, visando ao recebimento do vale-refeição em atraso de 80.000 servidores abrangidos pela

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1539158/RS**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=92725112®istro_numero=201501465463&peticao_numero=201600438823&publicacao_data=20190228&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 605340/RS**. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), de 24 de novembro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1468467&num_registro=201402822783&data=20151209&peticao_numero=201500285710&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1524662/ MG**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, de 23 de junho de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1421852&num_registro=201500768651&data=20150630&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1742650/RS**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de 8 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=110849102®istro_numero=201801206809&peticao_numero=201900532011&publicacao_data=20200617&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

Lei Municipal 11.377/1992 e pelo Decreto 33.754/1993⁹³. A decisão transitou em julgado em 21/11/2003, dando-se, a seguir, início ao cumprimento para que a ré entregasse aos autores vales-refeição referentes ao período de janeiro a junho de 1999. Nesse processo, após parecer autorizativo, foi possível saldar as diferenças de remuneração dos servidores públicos em folha de pagamento, tendo sido os cálculos realizados pelo próprio Sindicato, para os seus associados. Para os demais eventuais credores, a opção do pagamento em folha não foi viável, por ausência de informações concretas. O crédito inicial, para cada servidor, era de R\$ 648,00. O valor, em março de 2023, alcançava o total de R\$ 4.492,93. O parecer que subsidia o pagamento administrativo em folha afasta eventual restrição decorrente do art. 100 da CF, substituindo a obrigação de fazer pelo equivalente em dinheiro, em razão da impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer original, por alteração legislativa (a Lei 12.858/99 havia determinado que o fornecimento do vale-refeição passasse a ser feito por meio de cartão magnético ou outra forma assemelhada, não sendo mais possível a expedição de vale-refeição físico). Nesse contexto, foi definido que a substituição do ofício requisitório pelo pagamento em folha não constituiria uma afronta ao art. 100 da CF, já que a obrigação original fixada na sentença não era uma obrigação de pagar. Aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já expressou que, havendo mandado de segurança (coletivo ou individual), é possível o pagamento administrativo quanto ao período anterior à impetração sem precatório, pois se tratava de obrigação de fazer⁹⁴.

O segundo caso consiste em mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Profissionais em Educação no Ensino Municipal de São Paulo em que

⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (14ª Vara de Fazenda Pública). **Procedimento Comum Cível 0400722-44.1999.8.26.0053**. Juiz: Randalfo Ferraz de Campos. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1HZX2E3GY0000&processo.foro=53&processo.numero=0400722-44.1999.8.26.0053>. Acesso em: 27 maio 2024.

⁹⁴ Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VALORES DEVIDOS ENTRE A DATA DA IMPETRAÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DA ORDEM CONCESSIVA. SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não houve omissão quanto aos limites da coisa julgada, pois, *in casu*, a decisão que concedeu a segurança nada disse a respeito da necessidade ou não de observância do regime de precatórios para o pagamento dos valores relativos a período anterior à implementação da ordem concessiva. Tal discussão foi inaugurada por ocasião do cumprimento da referida decisão. 2. O pagamento dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva deve observar o disposto no artigo 100 da Constituição Federal. 3. Embargos de declaração DESPROVIDOS.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 889173/MS**. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748491208>. Acesso em: 27 maio 2024).

se reconheceu o direito à gratificação por desenvolvimento educacional (GDE)⁹⁵, com a determinação judicial de expedição de requisições de pequeno valor a 4.790 servidores, à qual sobreveio parecer administrativo admitindo pagamento em folha. Esse método traria “mais eficiência e racionalidade, por parte da Administração, bem como [...] maior economia processual, já que não haverá necessidade de levantamentos judiciais, uma vez que nem a Municipalidade nem o Judiciário terão que gerenciar e analisar, separadamente, 4.790 (quatro mil, setecentos e noventa) requisições individualmente”⁹⁶.

No terceiro caso não houve sequer judicialização de demandas, ocorrendo o pagamento administrativo previamente à propositura de ação indenizatória após trágico acontecimento na Escola Estadual Raul Brasil, em Suzano (SP), quando dois jovens encapuzados mataram oito pessoas e, em seguida, cometeram suicídio. O Governador de São Paulo, com base no Decreto Estadual 64.145/2019⁹⁷, indenizou as vítimas do massacre, sem necessidade de processo judicial nem da expedição de ofício requisitório. Embora os acordos tenham sido entabulados na esfera administrativa, sem título a ser executado, o caso demonstra nova forma de atuação administrativa, ilustrando a viabilidade de pagamento de indenizações a vítimas de dano por parte do Poder Público sem a necessidade de judicialização. Na hipótese de condenação judicial que declara o nexo causal entre o dano e a ação do ente público, este pode e deve, inspirando-se no ato administrativo aqui mencionado, desjudicializar a execução, apresentando propostas e valores devidos e indenizando as vítimas do Estado sem necessidade de instauração das fases de liquidação e cumprimento de sentença.

Um quarto exemplo de pagamento espontâneo do título judicial ocorreu no trânsito em julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual

⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). **Mandado de Segurança Cível 9053801-91.2008.8.26.0000**. Relator: Juiz Boris Kauffmann, 18 de outubro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RMZ00556N0000>. Acesso em: 28 maio 2024.

⁹⁶ SÃO PAULO. Prefeitura. **Processo Administrativo nº 6021.2021/0008375-7**. Andamento processual disponível em: <http://processos.prefeitura.sp.gov.br/Forms/consultarProcessos.aspx>. Acesso em: 28 maio 2024.

⁹⁷ SÃO PAULO. **Decreto nº 64.145, de 14 de março de 2019**. Autoriza o pagamento de indenização às vítimas da tragédia ocorrida em 13 de março do corrente na Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano, Estado de São Paulo, institui Comissão Executiva e dá providências correlatas. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2019]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64145-14.03.2019.html>. Acesso em: 27 ago. 2023.

2006601-56.2021.8.26.0000⁹⁸. Formando o título judicial, o Estado de São Paulo desenvolveu uma plataforma *online*, para que os credores do Estado se habilitassem para receber o indébito tributário diretamente no Banco do Brasil. Esse último caso ilustra bem possibilidades outras de adimplemento de débitos fazendários decorrentes de título judicial para além do ofício requisitório.

Fundamental, para o pagamento administrativo, é observar a *ratio* das determinações do art. 100 da Constituição. Nas palavras da Ministra Rosa Weber,

[a]lém de proteger a Administração Pública contra a obstrução judicial inesperada do acesso a recursos indispensáveis à manutenção de serviços públicos essenciais e à preservação da ordem administrativa, o regime constitucional dos precatórios atende, ainda, ao propósito de dar concretude aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da igualdade no pagamento das dívidas da Fazenda Pública⁹⁹.

Assim, cumpre construir alternativas para que, também na área fazendária, a execução da sentença coletiva assuma essa mesma natureza, cabendo ao devedor, em todas ou em algumas fases do cumprimento de sentença coletiva, adiantar-se e apresentar listas de possíveis credores, informes e cálculos para o cumprimento das obrigações de fazer e de pagar; reconhecer antecipadamente o *quantum debeatur*; e submetê-lo ao contraditório, para, ao final, realizar o pagamento administrativamente e, no caso de servidores públicos, em folha, ou, se for indispensável, mediante ofícios requisitórios. Racionalizar a liquidação dos passivos judiciais serve ao planejamento das contas públicas, sobretudo diante do adensamento da repercussão fiscal dos precatórios, que justificou a promulgação das Emendas Constitucionais 113 e 114, respectivamente, de 8 e de 16 de dezembro de 2021. Esta última reforçou a diretriz de consensualidade ao determinar a instituição, em nível federal, de Juízos Auxiliares de Conciliação de Pagamento de Condenações Judiciais contra a Fazenda Pública Federal. Tal orientação também foi encampada pela Lei 14.057/2020, que

⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2006601-56.2021.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2006601-56.2021&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2006601-56.2021.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=122>. Acesso em: 31 ago. 2023.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1609/RS**. Relatora: Min. Rosa Weber, 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769855690>. Acesso em: 27 maio 2024.

disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública, instituindo o Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, além de oferecer parâmetros de procedimento e de limites de deságio (40% do valor do crédito atualizado) e de parcelamento (até 8 parcelas anuais e sucessivas, se houver título executivo judicial transitado em julgado e 12 se não houver)¹⁰⁰.

5. Conclusão

Os graves desastres ambientais ocorridos no Brasil na última década, para além de prejuízos socioambientais coletivos, provocaram também danos decorrentes próprios do processo de reparação¹⁰¹, devido à demora, à inefetividade e à incerteza ínsitas ao processo indenizatório, à falta de informações adequadas e à ausência de transparência. Esse cenário implica falhas estruturais de acesso à justiça, ofensa ao direito à proteção judicial¹⁰² e violação de direitos humanos dos atingidos, com repercussões alarmantes na saúde, inclusive mental, e na dignidade da população afetada.

No caso mais notório – rompimento da barragem do Fundão, em Mariana/ MG –, os relatórios periciais são enfáticos ao apontar que muitos danos advêm da maneira como a reparação é implementada após o desastre. É importante destacar a ansiedade devido à falta de informações sobre como obter acesso aos programas de reparação¹⁰³. Esse mesmo caso ensejou célebre litigância extraterritorial, com o notável teor da decisão da Justiça inglesa, que admitiu a ação coletiva contra as empresas BHP England e BHP Australia, por apontar a incerteza jurisdicional, a

¹⁰⁰ ARAJÚJO, Alexandra Fuchs; PINTO, Élica Graziane; REFOSCO, Helena Campos. Acesso à justiça e a execução invertida da sentença coletiva contra a Fazenda Pública: reflexões a partir dos ensinamentos da Ministra Rosa Weber. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira *et al.* (org.). **Elas pedem vista**: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber. Londrina: Thoth, 2023. p. 63-78.

¹⁰¹ MATRÍZ indenizatória geral para o desastre da Barragem de Fundão: parâmetros para danos relacionados à renda e saúde. Rio de Janeiro: FGV, 2021. p. 19. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/4045deb1-6b23-4594-8377-23f12ff2bab2>. Acesso em: 28 maio 2024.

¹⁰² Segundo o art. 25, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “[t]oda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

¹⁰³ PARÂMETROS internacionais para aferição de danos à saúde na ocorrência de desastres. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 37. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/bd91466b-9358-416c-97f5-eb4bf0a57713>. Acesso em: 28 maio 2024.

lentidão e a ineficiência do processo reparatório na Justiça brasileira como fundamentação para o processamento do litígio na Inglaterra¹⁰⁴. A par dos debates sobre imperialismo jurídico que a decisão pode ensejar¹⁰⁵, sua robusta fundamentação deve, necessariamente, ser objeto de reflexão nos debates nacionais sobre a ampliação do acesso à justiça no Brasil.

Ao lado das dificuldades inerentes à tramitação de ações coletivas da envergadura necessária, é preciso reconhecer as dificuldades específicas do cumprimento das sentenças coletivas no Brasil e lidar com elas. Segundo importante *obiter dictum* constante da decisão unânime do Plenário do STF que homologou o acordo firmado da ADPF 165/DF:

[...] vale ressaltar que os dispositivos relativos à execução da ação coletiva (arts. 97 a 100 do CDC) levaram à equivocada, mas prevalente, interpretação de que a mencionada efetivação dos direitos coletivos é, em regra, individualizada [...] a despeito de mudanças significativas na legislação processual civil brasileira que nos conduzem à interpretação de que a liquidação e a execução individualizada da ação coletiva já não são indispensáveis, pelo contrário: seria possível, e até mesmo recomendável, a execução coletiva mandamental¹⁰⁶.

Não obstante essa recomendação, as iniciativas jurisprudenciais nesse sentido ainda são tímidas. O impulso por parte do STJ seria decisivo não apenas na seara ambiental, mas também em várias outras demandas coletivas: naquelas de proteção ao consumidor e ao acionista minoritário, nas ajuizadas por funcionários públicos almejando eventual diferença salarial, e nas mais variadas ações indenizatórias. O destaque dado neste artigo às ações coletivas relativas aos danos socioambientais se

¹⁰⁴ REINO UNIDO. Royal Courts of Justice. **Court of Appeal (Civil Division). Neutral Citation Number [2022] EWCA Civ 951, Case No: CA-2021-000440**. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Municipio-de-Mariana-v-BHP-judgment-080722.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

¹⁰⁵ MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, n. 1, p. 383-448, 2003. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgl>. Acesso em: 27 maio 2024.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Acordo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752370270>. Acesso em: 27 maio 2024.

deve, porém, tanto à dimensão que os desafios indenizatórios assumiram em nosso país quanto à inevitabilidade, em grande medida, de sua repetição¹⁰⁷.

As situações em que ocorrem danos em massa assumem a qualidade e a dimensão de litígios de interesse público, mesmo em se tratando de milhares de demandas de reparação individuais, sendo de responsabilidade das instituições oferecer soluções adequadas para o tratamento dessas pretensões e para a conclusão do litígio¹⁰⁸. Além disso, como ressalta Luiz Edson Fachin, litígios socioambientais tendem a assumir importância crescente, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹.

Abram Chayes fez notar o caráter prospectivo dos litígios de interesse público – que se identificam com as demandas repetitivas das quais se ocupa o CPC/2015 – cujos efeitos não são restritos às partes, mas extensivos às coletividades, exigindo do Judiciário uma tomada de consciência e atuação estratégica para planejar, organizar e facilitar a litigância¹¹⁰. Esse olhar para o presente deve pautar os julgamentos dos precedentes qualificados: é tempo de reescrever nossos dogmas, à luz da sociedade burocratizada, industrializada e escolarizada em que vivemos, que depende de processos coletivos que realmente funcionem, até sua completa efetivação, para garantir real acesso à justiça.

Referências

ARAÚJO, Alexandra Fuchs; PINTO, Élide Graziane; REFOSCO, Helena Campos. Acesso à justiça e a execução invertida da sentença coletiva contra a Fazenda Pública: reflexões a partir dos ensinamentos da Ministra Rosa Weber. *In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira et al. (org.). **Elas pedem vista**: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber*. Londrina: Thoth, 2023. p. 63-78.

¹⁰⁷ Ver, neste sentido, CARVALHO, Renata Martins de. **Desastres e responsabilidade civil preventiva**, Curitiba: Juruá, 2019. p. 181.

¹⁰⁸ ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP oil spill settlement and the paradox of public litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, n.2, p. 409, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6446&context=lalrev>. Acesso em: 27 maio 2024.

¹⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030, emergência climática e o papel das instituições públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 623-634. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7119>. Acesso em: 27 maio 2024.

¹¹⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p.1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://disciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 27 maio 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos interesses individuais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição**: direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade civil**: doutrinas essenciais, 2010. v. 7, p. 453-515.

BONE, Robert G. Justifying class action limits: parsing the debates over ascertainability and cy pres. **Kansas Law Review**, v. 65, n. 913, p. 913-963, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3041500. Acesso em: 27 maio 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 2017. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019.

CARVALHO, Renata Martins de. **Desastres e responsabilidade civil preventiva**. Curitiba: Juruá, 2019.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p.1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 27 maio 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 2. p. 340-341.

ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa nacional da Defensoria Pública 2022**. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030, emergência climática e o papel das instituições públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 623-634. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7119>. Acesso em: 27 maio 2024.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Execução de direitos individuais homogêneos: novas técnicas para a efetividade e eficiência do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 326, p. 283-312, abr. 2022.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à justiça: uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FITZPATRICK, Brian T. Do class actions deter wrongdoing?: the class action effect. **Vanderbilt Law Research Paper**, n. 17-40, p.181-203, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3020282. Acesso em: 27 maio 2024.

FLYVBJERG, Bent. Five misunderstandings about case-study research. **Qualitative Inquiry**, v. 12, n. 2, p. 219-245, Apr. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221931884_Five_Misunderstandings_About_Case-Study_Research. Acesso em: 28 maio 2024.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. *In*: ZANETI JÚNIOR, H. (coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8).

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

GILLES, Myriam. Class dismissed: contemporary judicial hostility to small-claims consumer class actions. **DePaul Law Review**, v. 59, p. 305-332, 2009. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol59/iss2/4/>. Acesso em: 27 maio 2024.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público & medidas estruturantes**: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da sentença. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 69, p. 20-23, abr. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. 12. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HENSLER, Deborah R. *et al.* **Class action dilemmas**: pursuing public goals for private gain. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000.

HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. **Law & Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 175-188, 1990.

ISSACHAROFF, Samuel. Fairness in aggregation. **US-China Law Review**, v. 9, n. 6, p. 477-508, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.davidpublisher.org/Public/uploads/Contribute/561b5c47cec51.pdf>. Acesso em: 27 maio 2024.

ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP oil spill settlement and the paradox of public litigation. **Louisiana Law Review**, v. 74, n. 2, p. 397-431, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6446&context=lalrev>. Acesso em: 27 maio 2024.

KAPLAN, Benjamin. A prefatory note. **Boston College Industrial and Commercial Law Review**, v. 10, p. 497-500, 1968. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/bclr10&div=35&start_page=497&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 27 maio 2024.

KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice**: technology and the internet of disputes. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LAHAV, Alexandra D. The case for Trial by Formula. **Texas Law Review**, v. 90, p. 571-634. Disponível em: https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/349/. Acesso em: 27 maio 2024.

LAHAV, Alexandra. The political justification for group litigation. **Fordham Law Review**, v. 81, n. 6, p. 3193-3212, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/5/>. Acesso em: 27 maio 2024.

LAHAV, Alexandra D. Rough justice. **SSRN**, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1562677. Acesso em: 30 ago. 2023.

MANDRIOLI, Crisanto. **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: A. Giuffrè, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 2.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, n. 1, p. 383-448, 2003. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Acesso em: 27 maio 2024.

MATRÍZ de danos: sistema indenizatório simplificado. **Fundação Renova**, 2020. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/relatorio/matriz-de-danos-sistema-indenizatorio-simplificado/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

MATRÍZ de danos PIMDG1. **Fundação Renova**, 2022. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2022/04/Matriz-de-Danos-PIMDG1.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

MATRIZ indenizatória geral para o desastre da Barragem de Fundão: parâmetros para danos relacionados à renda e saúde. Rio de Janeiro: FGV, 2021.

MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MCGOVERN, Francis E. Distribution of funds in class actions-claims administration. **Journal of Corporation Law**, v. 35, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2287/. Acesso em: 27 maio 2024.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 427-437.

MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. London: Bloomsbury Publishing, 2004.

NOVO sistema indenizatório simplificado ultrapassa marca de 2 mil termos de indenização aceitos e homologados. **Fundação Renova**, [2020]. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/release/novo-sistema-indenizatorio-simplificado-ultrapassa-marca-de-2-mil-termos-de-indenizacao-aceitos-e-homologados/>. Acesso em: 28 maio 2024.

PARÂMETROS internacionais para aferição de danos à saúde na ocorrência de desastres . Rio de Janeiro: FGV, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/bd91466b-9358-416c-97f5-eb4bf0a57713>. Acesso em: 28 maio 2024.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PORTAL do advogado: decisão judicial dos municípios contemplados: Baixo Guandu, ES. **Fundação Renova**, [2021]. Disponível em: <https://portaladvogado.erpasa.com.br/erprenova/Visualizar/modulo-portal-do-advogado/no-ref/CH-75F0633B-02C1-4810-891B-865838AE92C2/EXT-PDF/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

REFOSCO, Helena Campos. Repensando os direitos individuais homogêneos nos 30 anos da Constituição. *In*: LOUREIRO, Francisco Eduardo; PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae (org.). **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/21-30%20anos.pdf?d=637006190849700937>. Acesso em: 27 maio 2024.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2012. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

ROSENBERG, David. The regulatory advantage of class action. *In*: VISCUSI, W. Kip (org.). **Regulation through litigation**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

RUBENSTEIN, William B. Why enable litigation: a positive externalities theory of the small claims class action. **University of Missouri-Kansas City Law Review**, v. 74, p. 709-731, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890303. Acesso em: 27 maio 2024.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SHAW, Geoffrey C. Class ascertainability. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 2354-2404, 2015. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.2354.Shaw.2404_a1ne6t5o.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

SILVA, Érica Barbosa. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. *In*: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 321-377. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_e91da806a71e468b8ca6df420dd464e6.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

TERMO de transação e de ajustamento de conduta. **Fundação Renova**, 2016. Disponível em: [https://www.fundacaorenova.org/?s=Termo+de+Transa%C3%A7%C3%A3o+e+Ajustamento+de+Conduta+#:~:text=TERMO%20DE%20TRANSA%C3%87%C3%83O%20DE%20AJUSTAMENTO%20DE%20CONDUTA%20\(TTAC\)](https://www.fundacaorenova.org/?s=Termo+de+Transa%C3%A7%C3%A3o+e+Ajustamento+de+Conduta+#:~:text=TERMO%20DE%20TRANSA%C3%87%C3%83O%20DE%20AJUSTAMENTO%20DE%20CONDUTA%20(TTAC)). Acesso em: 28 maio 2024.

VALE, João Henrique do. Brumadinho: conheça o acordo que prevê indenizações de R\$ 700 mil a parentes de vítimas. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 17 jul. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/07/17/interna_gerais,1070216/conheca-o-acordo-que-preve-indenizacoes-de-r-700-mil-a-parentes.shtml. Acesso em: 28 maio 2024.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o Projeto de lei nº 5.130-2009. *In*: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 323-329.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 27 maio 2024.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**, v. 31, n. 139, p. 28-35, 2006.

WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZANETI JÚNIOR, H. (coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção repercussões do novo CPC, 8).

Jurisprudência citada

ALEMANHA. Landgericht München I. **Az. 15 O 1083/21**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Ação Rescisória 4962/PR**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, de 23 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=124468907&num_registro=201200783185&data=20210803&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1742650/RS**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de 8 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=110849102®istro_numero=201801206809&peticao_numero=201900532011&publicacao_data=20200617&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1777929/RO**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 24 de agosto de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114284784®istro_numero=201802949802&peticao_numero=202000367326&publicacao_data=20200827&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1539158/RS**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=92725112®istro_numero=201501465463&peticao_numero=201600438823&publicacao_data=20190228&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 605340/RS**. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), de 24 de novembro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1468467&num_registro=201402822783&data=20151209&peticao_numero=201500285710&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 767741/ PR**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 15 de dezembro de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=935855&num_registro=200501198937&data=20100824&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 869583/ DF**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1151823&num_registro=200600938843&data=20120905&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1291213/ SC**. Relator: Min. Sidnei Beneti, de 30 de agosto de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1168442&num_registro=201102695090&data=20120925&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1304953/ RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 26 de agosto de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1254657&num_registro=201200220490&data=20140908&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1388000/PR**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o acórdão: Min. Og Fernandes, de 26 de agosto de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1407511&num_registro=201301798905&data=20160412&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1524662/ MG**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, de 23 de junho de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1421852&num_registro=201500768651&data=20150630&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1798280/ SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, de 28 de abril de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1900648&num_registro=201900468823&data=20200504&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1801518/RJ**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, de 14 de dezembro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=142632476®istro_numero=201900612112&peticao_numero=&publicacao_data=20211216&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1947661/RS**. Relator: Min. Og Fernandes, de 23 de setembro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136388435®istro_numero=202100800507&peticao_numero=&publicacao_data=20211014&formato=PDF. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Súmula 652**, 2 de dezembro 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=652&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Acordo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1º de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752370270>. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 889173/MS**. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748491208>. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1609/RS**. Relatora: Min. Rosa Weber, 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769855690>. Acesso em: 27 maio 2024.

REINO UNIDO. Royal Courts of Justice. Court of Appeal (Civil Division). **Neutral Citation Number [2022] EWCA Civ 951, Case No: CA-2021-000440**. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Municipio-de-Mariana-v-BHP-judgment-080722.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

SÃO PAULO. Prefeitura. **Processo Administrativo nº 6021.2021/0008375-7**. Andamento processual disponível em: <http://processos.prefeitura.sp.gov.br/Forms/consultarProcessos.aspx>. Acesso em: 28 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2006601-56.2021.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2006601-56.2021&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2006601-56.2021.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=122>. Acesso em: 31 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). **Mandado de Segurança Cível 9053801-91.2008.8.26.0000**. Relator: Juiz Boris Kauffmann, 18 de outubro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RMZ00556N0000>. Acesso em: 28 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (14ª Vara de Fazenda Pública). **Procedimento Comum Cível 0400722-44.1999.8.26.0053**. Juiz: Randolfo Ferraz de Campos. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1HZX2E3GY0000&processo.foro=53&processo.numero=0400722-44.1999.8.26.0053>. Acesso em: 27 maio 2024.

Legislação citada

BRASIL. **Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0070-66.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591compilado.htm. Acesso em: 27 maio 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. Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

SÃO PAULO. **Decreto nº 64.145, de 14 de março de 2019.** Autoriza o pagamento de indenização às vítimas da tragédia ocorrida em 13 de março do corrente na Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano, Estado de São Paulo, institui Comissão Executiva e dá providências correlatas. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2019]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64145-14.03.2019.html>. Acesso em: 27 ago. 2023.

POLÍTICA EDITORIAL

Objetivo da Revista

A *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* é um periódico científico, de periodicidade semestral, promovido pelo Supremo Tribunal Federal, destinado à publicação de artigos, traduções, resenhas e entrevistas inéditos da área jurídica. Seu principal objetivo consiste em difundir textos das mais diversas áreas do direito público e privado, possibilitando a circulação do conhecimento gerado em pesquisas baseadas em abordagens teóricas e empíricas, a fim de propiciar um espaço qualificado para o debate acadêmico.

Linha editorial

A *Suprema* adota uma linha editorial ampla, admitindo a submissão de trabalhos tanto dos ramos do direito tradicionalmente reconhecidos quanto de linhas menos convencionais, sendo especialmente valorizados os textos com abordagem interdisciplinar, de forma a promover maior diversidade nos temas discutidos. O fluxo de recebimento dos textos acadêmicos será contínuo. Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

Processo de avaliação por pares

O artigo é inicialmente analisado pela Equipe Editorial da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, para verificação de sua adequação quanto à linha editorial da revista, aos requisitos formais de submissão, à política de publicação da revista e ao potencial para publicação. Após essa análise prévia, o arquivo sem a identificação de autoria é encaminhado a pareceristas do quadro definitivo de pareceristas ou *ad hoc* da revista. Nessa etapa, os artigos são avaliados em um sistema de avaliação às cegas por pares (*double-blind peer review*), mantendo-se em sigilo o nome de autores e pareceristas.

Instruções editoriais para autores

1. Ineditismo

1.1 Os artigos, resenhas e traduções submetidos deverão ser originais, inéditos e não podem estar em processo de avaliação em outros periódicos, a não ser que tenham sido publicados em outro idioma e em outro país, situação em que deve haver referência, em nota de rodapé, de que se trata de uma versão de artigo já publicado em outro periódico.

1.2 Uma vez publicados na *Suprema*, os artigos somente poderão ser republicados, após consulta prévia à Comissão Editorial da Revista.

2. Titulação dos autores

2.1 Os artigos poderão ter até três coautores, exigindo-se, primordialmente, a titulação de doutor. Excepcionalmente poderão ser aceitos textos de autores com título de mestre ou que estejam cursando o doutorado ou o mestrado, desde que haja ao menos um coautor com o título de doutorado.

2.2 No caso de grupos de pesquisa, os nomes dos participantes devem constar de nota de rodapé, com a indicação da tarefa executada por cada integrante.

3. Idiomas

3.1 Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

3.2 Para os textos em português, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser vertidos também para inglês e espanhol. Para textos em outras línguas, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser traduzidos para português, inglês e espanhol, caso estes dois últimos não sejam o idioma original do artigo.

4. Metadados

4.1 No momento da submissão do artigo, os metadados devem ser preenchidos de acordo com as diretrizes a seguir, sob pena de rejeição liminar da submissão.

4.1.1 Autoria

4.1.1.1 Prenome e sobrenome: Indicação do nome completo dos autores, apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta. Em

caso de coautoria, os nomes dos autores devem ser inseridos na ordem em que deverão aparecer na publicação.

4.1.1.2 E-mail: Indicação do *e-mail* de cada um dos autores, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo.

4.1.1.3 ORCID iD: Indicação do número de identificação ORCID de cada um dos autores. O identificador ORCID pode ser obtido gratuitamente no endereço <https://orcid.org/register>. O autor deverá aceitar os padrões para a apresentação de iD ORCID e incluir, no seu cadastro, a URL completa, acompanhada da expressão “http://” (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: Indicação de *link* para o currículo completo de cada um dos autores. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado *link* para o Currículo Lattes.

4.1.1.5 Instituição/afiliação: Indicação da principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas tenha a mesma importância. A afiliação diz respeito à instituição à qual o autor se encontra vinculado como docente ou discente. Caso não seja docente nem discente, deve ser informada a instituição onde obteve o maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc. O nome da instituição deverá constar por extenso e em sua língua original, seguido da indicação de seu país de origem entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

4.1.1.6 País: Indicação do país da principal afiliação institucional de cada um dos autores.

4.1.1.7 Biografia: Minicurrículo de cada um dos autores, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, com referência à respectiva cidade, sigla do estado e país entre parênteses, seguida da indicação de suas titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), de seus outros vínculos com associações científicas, de sua profissão etc.

4.1.2 Título e resumo

4.1.2.1 Título: Indicação no idioma original do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, com até dez

palavras (cf. informações completas a seguir em “Apresentação do texto”).

4.1.2.2 Resumo: Indicação no idioma original do artigo, com até 150 palavras, sem formatação em parágrafos e sem apresentação de citações ou referências.

4.1.3 Indexação

4.1.3.1 Palavras-chave: Indicação de até cinco termos no idioma original do artigo, em letras minúsculas e separados por ponto e vírgula.

4.1.3.2 Idioma: Indicação da sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es).

4.1.4 Fomento: Indicação das fontes de financiamento da pesquisa, se for o caso.

4.1.5 Referências: Indicação da lista completa de referências citadas no artigo, com um espaço entre cada uma delas.

5. Apresentação do texto

5.1 As submissões devem ser enviadas em arquivo “.doc” ou “.docx”, utilizando-se do programa *Microsoft Word* para a sua digitação. Deve-se utilizar a fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 e parágrafos justificados (à exceção das citações, notas de rodapé, referências e legendas de figuras, as quais devem estar de acordo com os padrões da ABNT). O espaço da primeira linha dos parágrafos deve ser de 1,25 cm ou 1 TAB. A configuração da página deve ser feita no padrão A4 (210 mm x 297 mm), com margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm.

5.2 O tamanho dos textos, no caso de artigos e traduções, é de, no mínimo, 7.000 (sete mil) e de, no máximo, 10.000 (dez mil) palavras. Para resenhas, o mínimo é de 4.000 (quatro mil) e o máximo de 7.000 (sete mil) palavras. Poderão ser publicados textos mais extensos, a critério da editoria, caso seu tamanho seja justificável.

5.3 As seções iniciais e finais do artigo devem ser denominadas Introdução e Conclusão, respectivamente.

5.4 As submissões deverão conter os seguintes itens:

5.4.1 Título: O título deve ter no máximo dez palavras, incluído o subtítulo (quando houver). O título no idioma original do artigo deverá

ser redigido em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, realçado em negrito e com alinhamento centralizado. Os títulos nos demais idiomas deverão ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, itálico, também com alinhamento centralizado. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.

5.4.2 Resumo: O resumo deve ser conciso (até 150 palavras), redigido em parágrafo único, e ressaltar o objetivo, o assunto principal do artigo, a metodologia utilizada e as principais conclusões. A enumeração de tópicos não deve ser usada nesse item.

5.4.3 Palavras-chave: Indicar até cinco termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada para sua indexação, separados por ponto e vírgula (;).

5.4.4 Sumário: Deve reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

5.5 As notas de rodapé não devem ser numerosas e devem conter apenas informações que sejam complementares ao corpo do texto. Não devem ser muito extensas nem conter citações diretas. Devem ser formatadas na mesma fonte do artigo (*Times New Roman*), tamanho 10, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

5.6 Caso seja necessário indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma original do artigo.

5.7 As tabelas, os quadros, as figuras, as imagens e os gráficos, quando existirem, devem compor o corpo do texto, e não constar ao final do documento na forma de anexos. Devem ser inseridos com os devidos cuidados quanto à boa resolução. Para tanto, devem apresentar largura máxima de 10 cm; formato vetorial aberto e editável; legendas curtas e autoexplicativas. As imagens (bitmap) devem apresentar largura mínima de 12 cm e resolução mínima de 300 ppi.

6. Citações e notas

6.1 As citações realizadas ao longo do texto devem obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/Jul. 2023, da ABNT.

6.2 Não serão aceitos artigos que usem o modelo autor-data ou expressões como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

6.3 A indicação de autoria deve ser feita em nota de rodapé em fonte *Times New Roman* 10, e não em nota de fim de artigo (indicar a referência completa da obra na primeira citação e, após, evidenciar apenas nome do autor, o título da obra e o número da página).

Exemplos:

No texto:

A chamada “pandectista” havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha. (3)

Na nota de rodapé:

Na 1ª citação:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história.** São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

Na 2ª citação:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história.** p. 225.

6.4 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de citações.

6.5 Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 cm, 11 pontos, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

6.6 Os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos de forma idêntica na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, deve-se observar as normas a seguir:

6.6.1 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

6.6.2 Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer apenas no estilo de fonte itálico e tão somente nos seguintes casos: a) expressões em língua estrangeira; e b) realce de expressões, se estritamente necessário para a compreensão do texto.

6.7 As citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

7. Referências

7.1 A indicação das referências deve obedecer ao disposto na NBR 6023/2018 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/Nov. 2018, da ABNT.

7.2 As referências devem conter todos os dados necessários à identificação das obras e ser dispostas em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor.

7.3 A distinção de trabalhos diferentes de mesma autoria será feita levando-se em consideração a ordem cronológica, conforme o ano de publicação. Os trabalhos de igual autoria publicados no mesmo ano serão diferenciados acrescentando uma letra ao final do ano (ex. 2019a, 2019b).

7.4 Todas as referências bibliográficas utilizadas no texto devem vir indicadas ao final do documento, com informação das URLs quando possível.

7.5 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de referência.

8. Modelos de referências

8.1 Na 1ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). Edição (se houver). Tradução de NOME DO TRADUTOR (se houver). Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. N° da página.

8.2 Na 2ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). N° da página.

8.3 Capítulo de livro: SOBRENOME DO AUTOR DO CAPÍTULO, Prenome. Título do capítulo. *In:* SOBRENOME DO ORGANIZADOR DO LIVRO, Prenome (org.). **Título do documento em negrito.** Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. p. x-y.

8.4 Monografia, dissertação, tese: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. **Título do documento em negrito.** Data de publicação da obra. Dissertação (Mestrado em) – Faculdade de , Universidade de , Local da instituição (cidade), ano.

8.5 Artigo de revista: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito**, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.6 Artigo de jornal assinado: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito**, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.7 Artigo de jornal não assinado: TÍTULO do artigo com primeira palavra em maiúscula. **Nome do jornal em negrito**, Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, dia mês ano.

8.8 Artigo de revista em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito**, Local de publicação (cidade), dia mês ano [se houver]. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

8.9 Artigo de jornal em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito**, Local de publicação (cidade), dia mês ano. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

9. Fomento

9.1 Os autores devem informar à Comissão Editorial qualquer tipo de financiamento, bolsa de pesquisa ou benefícios recebidos para o desenvolvimento do trabalho e declarar não haver conflito de interesses que comprometa o artigo apresentado.

9.2 Caso haja possibilidade de identificação da autoria, a informação não deve ser incluída no arquivo submetido, a fim de não prejudicar a avaliação às cegas por pares. A inclusão deverá ser feita na fase final, prévia à publicação do artigo, após o contato da Comissão Editorial com o autor.

10. Garantia de avaliação duplo-cego por pares (*double blind review*)

10.1 É imprescindível que autores tomem todos os cuidados para que seja eliminado do documento a ser submetido qualquer tipo de identificação da autoria.

10.2 Não devem ser incluídos, no corpo do texto, elementos como minicurrículo sob o título do artigo, nota de rodapé com dados de autoria, referência à obra anteriormente publicada que faça alusão aos autores de qualquer outra forma que não na terceira pessoa.

10.3 A identificação de autoria do trabalho deve ser removida do arquivo *Word*, conforme orientação disponível na página da *Microsoft* (<https://support.microsoft.com/pt-br/topic/remover-dados-ocultos-e-informações-pessoais-inspecionando-documentos-apresentações-ou-workbooks-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

11. Termo de compromisso e de direito autoral

11.1 Para publicação do artigo, os autores devem assinar o Termo de compromisso e de direito autoral, a ser encaminhado pela Comissão Editorial, no qual declaram o ineditismo do texto, a inexistência de qualquer infração à ética acadêmica e a concordância com a publicação do artigo sem ônus, sob a Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional – CC BY 4.0.

EDITORIAL POLICY

Objectives of the Journal

Suprema – Revista de Estudos Constitucionais is a scientific journal, of semiannual periodicity, promoted by the Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal – STF), aimed at publishing original articles, translations, reviews, and interviews from the legal field. Its main objective is to disclose texts from the most diverse fields of public and private law, enabling the circulation of knowledge in research based on theoretical and empirical approaches to provide a qualified space for academic debate.

Editorial line

Suprema adopts a broad editorial line, accepting the submission of papers from both the traditionally recognized branches of law and the less conventional lines, such as texts with an interdisciplinary approach, to promote greater diversity in the discussed topics, which is especially valued by *Suprema*. The inbound flow of academic texts will be continuous. Papers will be accepted in Brazilian Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

Peer review process

The article is initially analyzed by the Editorial Team of *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* to verify its compliance with the guidelines established in the editorial line of the journal, the formal requirements for submission, the journal's publication policy, and the potential for publication. After this preliminary analysis, the file without the identification of authorship is sent to the journal's definitive or *ad hoc* referees. At this stage, the articles are evaluated in a double-blind review system, keeping the names of authors and referees confidential.

Guidelines for authors

1. Originality

1.1 The papers, reviews and translations submitted must be original, unpublished and must not be in the process of being evaluated in other journals, unless they have been published in another language and in another country, in which case there must be a reference in a footnote to the fact that this is a version of an article already published in another journal.

1.2 Once published in *Suprema*, articles may only be republished after prior consultation with the journal's Editorial Board.

2. Authors' titles

2.1 Papers may have up to three co-authors, with the primary requirement being a doctorate degree. Exceptionally, texts may be accepted from authors with a master's degree or who are studying for a doctorate or master's degree, as long as there is at least one co-author with a doctorate degree.

2.2 In the case of research groups, the names of the participants must appear in a footnote, indicating the task performed by each member.

3. Languages

3.1 Papers will be accepted in Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

3.2 For texts in Portuguese, the title, abstract, keywords, and summary must also be translated into English and Spanish. For texts in other languages, the title, abstract, keywords, and summary must be translated into Portuguese, English, and Spanish, if the latter two are not the original language.

4. Metadata

4.1 When submitting the article, the metadata must be filled in compliance with the following guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

4.1.1 Authorship

4.1.1.1 First and last name: Indicate the authors' full names, with only the initials of each name in upper case. In the case of co-authorship, the authors' names should be included in the order in which they should appear in the publication.

4.1.1.2 E-mail address: Indication of the e-mail address of each one of the authors, which must be included in the published version of the article.

4.1.1.3 ORCID iD: Indication of the ORCID identification number of each one of the authors. The ORCID identifier can be obtained free of charge from <https://orcid.org/register>. The author must accept the standards for the presentation of ORCID iD and include the full URL in their registration, accompanied by the expression "http://" (for example: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: Indication of a link to the full *curriculum vitae* of each author. In the case of Brazilian authors, a link to their Lattes CV must be indicated.

4.1.1.5 Institution/affiliation: Indication of the main institutional affiliation or the two main ones, if the connection with both holds the same importance. Affiliation refers to the institution to which the author is affiliated as a teacher or student. If the author is neither a teacher nor a student, the institution where he or she obtained the highest academic degree, such as a doctorate, master's, specialization, etc., should be informed. The name of the institution must appear in full and in its original language, followed by the country of origin in brackets. If the author is a lecturer studying for a master's or doctorate at another institution, the main affiliation will be that of the institution where the author is studying for a master's or doctorate.

4.1.1.6 Country: Indication of the country of each author's main institutional affiliation.

4.1.1.7 Biography: Mini *curriculum vitae* of each of the authors, starting with the institution where they are a lecturer, with reference to the respective city, state, and country in brackets, followed by an indication of their academic qualifications (starting with the highest), their other connections with scientific associations, their profession, etc.

4.1.2 Title and abstract

4.1.2.1 Title: Indication in the original language of the article, with only the first letter of the sentence capitalized, in up to ten words (see full details below under “Presentation of the text”).

4.1.2.2 Abstract: In the original language of the article, up to 150 words, without paragraph formatting and without citations or references.

4.1.3 Indexing

4.1.3.1 Keywords: Indication of up to five terms in the original language of the article, in lowercase letters and separated by semicolons.

4.1.3.2 Language: Indication of the acronym corresponding to the language of the article (*Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es; Italiano=it*).

4.1.4 Funding: Indication of the sources of funding for the research, if applicable.

4.1.5 References: Indication of the complete list of references cited in the article, with a space between each one.

5. Presentation of the text

5.1 Submissions must be sent as a “.doc” or “.docx” file, using Microsoft Word for typing. The font should be Times New Roman, size 12, with 1.5 line spacing and justified paragraphs (with the exception of citations, footnotes, references and figure legends, which should comply with [Brazilian] ABNT standards). The spacing of the first line of paragraphs should be 1.25 cm or 1 TAB. The page layout should be A4 (210 mm x 297 mm), with top and left margins measuring 3 cm and 2 cm bottom and right margins.

5.2 The length of texts, in the case of articles and translations, is a minimum of 7,000 (seven thousand) and a maximum of 10,000 (ten thousand) words. For reviews, the minimum is 4,000 (four thousand) and the maximum 7,000 (seven thousand) words. Longer texts may be published, at the editor’s discretion, if their length can be justified.

5.3 The initial and final sections of the article should be called Introduction and Conclusion, respectively.

5.4 Submissions must contain the following items:

5.4.1 Title: The title must be no longer than ten words, including the subtitle (if there is one). The title in the original language of the article should be written in Times New Roman font, size 14, highlighted in bold and centered. Titles in other languages should be written in Times New Roman font, size 14, italics, also with centralized alignment. The title and subtitle of the article should only have the first letter of each phrase capitalized, except in cases where this is mandatory.

5.4.2 Abstract: The abstract should be concise (up to 150 words), written in a single paragraph, and highlight the objective, the key subject of the article, the methodology used, and the main conclusions. Topics should not be listed here.

5.4.3 Keywords: Indicate up to five terms that classify the work with adequate precision for indexing, separated by semicolons (;).

5.4.4 Summary: This should only include the number and name of the main sections that make up the article.

5.5 Footnotes should not be numerous and should only contain information that complements the body of the text. They should not be too long or contain direct quotations. They should be formatted in the same font as the article (Times New Roman), size 10, single line spacing and justified alignment.

5.6 If it is necessary to provide information about the article (grant from funding agencies, acknowledgements, translators of the text, etc.), a footnote with an asterisk (not a number) should be inserted to the right of the title in the original language of the article.

5.7 Tables, charts, figures, images, and graphs, if they exist, should be included in the body of the text and not at the end of the document as annexes. They must be pasted ensuring good resolution. To this end, they must have a maximum width of 10 cm; an open, editable vector format; short, self-explanatory captions. Images (bitmap) must be at least 12 cm wide and have a minimum resolution of 300 ppi.

6. Citations and notes

6.1 Citations throughout the text must comply with the [Brazilian] ABNT norm NBR 10520 – Information and documentation – Citations in documents – Presentation /Jul. 2023.

6.2 Articles using the author-date model or expressions such as *Op. Cit.*, *Idem*, and *Ibid* will not be accepted.

6.3 Authorship must be indicated in a footnote in Times New Roman 10 font and not in the endnote of the article (indicate the full reference of the work in the first citation and, afterwards, only the author's name, the title of the work and the page number).

Examples:

In the text:

The so-called “pandectism had been the particular way in which Roman law had been integrated in the 19th century in Germany in particular.”⁽³⁾

In the footnote:

In the 1st citation:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

In the 2nd citation:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. p. 225.

6.4 Foreign authors may follow other citation models in their submission.

6.5 Quotations of up to 3 (three) lines must remain in the body of the text, with no indentation or emphasis, singled out by quotation marks. Quotations longer than 3 (three) lines must be separated from the text with a 4 cm paragraph indent, 11 points, single line spacing and justified text, without the use of quotation marks.

6.6 Highlights in the original work must be reproduced identically in the citation. If there are no highlights in the original, but the author of the article wishes to emphasize some information, the following rules must be observed:

6.6.1 Highlights by the author of the article: after transcribing the quotation, use the expression “our emphasis(s)” or “I have highlighted” in brackets.

6.6.2 Other highlights in parts of the text should only be in italics and only in the following cases: a) expressions in a foreign language; and b) emphasizing expressions, if strictly necessary for understanding the text.

6.7 Foreign language quotations must always be translated into the predominant language of the article in the footnotes, accompanied by the term “our translation” or “my translation” in brackets.

7. References

7.1 References must comply with [Brazilian] ABNT norm NBR 6023/2018 – Information and Documentation – References – Elaboration/Nov. 2018.

7.2 References must contain all the data necessary to identify the work and be arranged in alphabetical order of the first letter of the author’s surname.

7.3 Different works by the same author will be distinguished in chronological order, according to the year of publication. Works by the same author and published in the same year will be distinguished by adding a letter to the end of the year (e.g. 2019a, 2019b).

7.4 All bibliographical references used in the text must be indicated at the end of the document, with URL information where possible.

7.5 Foreign authors may use other reference models when submitting their work.

8. Reference models

8.1 In the 1st citation: SURNAME, First name. **Title of document in bold:** subtitle (if any). Edition (if any). Translation by NAME OF TRANSLATOR (if any). Place of publication (city): Publisher, date of publication. Page number.

8.2 In the 2nd citation: SURNAME, First name. **Title of the document in bold:** subtitle (if any). Page number.

8.3 Book chapter: AUTHOR’S LAST NAME, First name. Title of the chapter. *In:* BOOK ORGANIZER’S LAST NAME, First name (org.). **Title of the document in bold.** Place of publication (city): Publisher, date of publication. p. x-y.

8.4 Monograph, dissertation, thesis: AUTHOR’S LAST NAME, First name. **Title of the document in bold.** Date of publication. Dissertation (Master’s in) – College, University of, Place of institution (city), year.

8.5 Journal article: AUTHOR’S LAST NAME, First name. Title of the article. **Name of the journal in bold,** Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

8.6 Signed newspaper article : AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of article. **Name of newspaper in bold**, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

8.7 Unsigned newspaper article: TITLE of the article with the first word in capital letters. **Name of the newspaper in bold**, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, day month year.

8.8 Journal article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Article title. **Name of the journal in bold**, Place of publication (city), day month year [if any]. Available at: . Accessed on: day month year.

8.9 Newspaper article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First Name. Title of article. **Name of newspaper in bold**, Place of publication (city), day month year. Available at: . Accessed on: day month year.

9. Funding

9.1 Authors must inform the Editorial Board of any type of funding, research grant or benefits received for the development of the work and declare that there is no conflict of interest that would compromise the submitted manuscript.

9.2 If it is possible to identify the author, the information should not be included in the submitted file, so as not to jeopardize the blind peer review. It should be included in the final stage prior to publication of the article, after the Editorial Board has contacted the author.

10. Double blind peer review guarantee

10.1 It is essential that authors take the necessary precautions to eliminate any type of identification of authorship from the document to be submitted.

10.2 Elements such as a mini-resume under the title of the article, a footnote with authorship data, a reference in the body of the text to a previously published work which refers to the authors in any way other than in the third person should not be included in the body of the text.

10.3 The identification of authorship of the work must be removed from the Word file, following with the guidance available on the Microsoft website (<https://support.microsoft.com/en-gb/office/video-remove-personal-data-from-files-17b30a75-206f-44e0-9de3-afeedbf6bfa1>).

11. Term of Commitment and Copyright

11.1 When submitting the article, the authors must sign the Term of Commitment and Copyright in which they declare that the text is unpublished, that there is no infringement of academic ethics and that they agree to the publication of the manuscript free of charge, under the Creative Commons License – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0.

NOMINATA DE PARECERISTAS QUE ATUARAM NO ANO DE 2024 – Adrian Sgarbi Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Adriano Pilatti** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Alexandre Araújo Costa** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho** Universidade Católica do Salvador – Salvador/BA; **Alexandre Kehrig Veronese Aguiar** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Amanda Flávio de Oliveira** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Ana Carolina de Figueiredo Brandão Squadri** Advocacia-Geral da União, Procuradoria Regional Federal 4ª Região – Porto Alegre/RS; **Ana Carolina Lopes Olsen** Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba/PR; **André Rufino do Vale** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF; **Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith** Universidade Federal do Pará – Belém/PA; **Antonio Sá da Silva** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Aparecida Luzia Alzira Zuin** Universidade Federal de Rondônia – Porto Velho/RO; **Arthur Mendes Lobo** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Breno Baía Magalhães** Universidade Federal do Pará – Belém/PA; **Carolina Martins Marinho** Universidade Federal do ABC – ABC Paulista/SP; **Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro** Defensoria Pública da União – Rio de Janeiro/RJ; **Clayton de Albuquerque Maranhão** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Cleyton Feitosa Pereira** Prefeitura Municipal de Goiânia – Goiânia/GO; **Cynara Monteiro Mariano** Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE; **Daize Fernanda Wagner** Universidade Federal do Amapá – Macapá/AP; **Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Daniella Maria dos Santos Dias** Universidade Federal do Pará – Belém/PA; **Danilo Lovisaro do Nascimento** Universidade Federal do Acre – Rio Branco/AC; **Deilton Ribeiro Brasil** Universidade de Itaúna – Itaúna/MG; **Diego Nunes** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC; **Douglas Verbicaro Soares** Universidade Federal de Roraima – Boa Vista/RR; **Eliane Cristina Pinto Moreira Folhes** Universidade Federal do Pará – Belém/PA; **Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho** Universidade do Estado do Amazonas – Manaus/AM; **Eveline Gonçalves Denardi** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP; **Fabiano Engelmann** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS; **Fábio Caldas de Araújo** Universidade Paranaense – Umuarama/PR; **Fábio Carvalho Leite** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Fabio Costa Moraes de Sá e Silva** University of Oklahoma – Oklahoma, Estados Unidos da América; **Fábio Periandro de Almeida Hirsch** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Fabiola Albuquerque Lobo** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE; **Felipe de Melo Fonte** Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro/RJ; **Fernanda Medina Pantoja** Pontifícia Universidade Católica

do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Firly Nascimento Filho** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Flávia Danielle Santiago Lima** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE; **Flavia Portella Püschel** Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro/RJ; **Flávio Cheim Jorge** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES; **Flávio Roberto Batista** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP; **Gabriel Dias Marques da Cruz** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Gabriel Rezende de Souza Pinto** Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/PB; **Gerson Neves Pinto** Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS; **Gilberto Andreassa Junior** FAE Centro Universitário – Curitiba/PR; **Guilherme Forma Klafke** Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP; **Guilherme Mendes Resende** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF; **Gustavo César Machado Cabral** Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE; **Heloisa Fernandes Câmara** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Henrique de Almeida Ávila** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF; **Inês Virgínia Prado Soares** Tribunal Regional Federal da 3ª Região – São Paulo/SP; **Jairdilson da Paz Silva** Universidad de Salamanca – Salamanca/Espanha; **Jairo Néia Lima** Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR; **Janaína Lima Penalva da Silva** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **José Arthur Castillo de Macedo** Instituto Federal do Paraná – Palmas/PR; **José dos Santos Carvalho Filho** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF; **José Miguel Garcia Medina** Universidade Paranaense – Umuarama/PR; **José Renato Gaziero Cella** Atitus Educação – Passo Fundo/RS; **José Ribas Vieira** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **José Rodrigo Rodriguez** Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS; **Judá Leão Lobo** Instituto Federal do Paraná – Palmas/PR; **Juliana Bonacorsi de Palma** Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP; **Juliano Souza de Albuquerque Maranhão** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP; **Julio Cesar de Sá da Rocha** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Lawrence Estivalet de Mello** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Leonardo Carneiro da Cunha** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE; **Leonardo Martins** Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN; **Letícia Albuquerque** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC; **Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo** Ministério da Justiça e da Segurança Pública – Brasília/DF; **Luanna Tomaz de Souza** Universidade Federal do Pará – Belém/PA; **Lucas Catib de Laurentiis** Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP; **Luciano da Ros** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC; **Manoel Valente Figueiredo Neto** Universidade de Caxias do Sul – Caxias do Sul/RS; **Marcelo Abelha Rodrigues** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/

ES; **Marco Aurelio Serau Júnior** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Marcus Vinicius de Abreu Sampaio** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP; **Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA; **Mario Jorge Philocreon de Castro Lima** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Martonio Mont’Alverne Barreto Lima** Universidade de Fortaleza – Fortaleza/CE; **Mateus Camilo Ribeiro da Silveira** Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – São Paulo/SP; **Michele Beniamino Zezza** Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO; **Miguel Gualano de Godoy** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Nágila Maria Sales Brito** Universidade Católica do Salvador – Salvador/BA; **Newton Pereira Ramos Neto** Universidade Federal do Maranhão – São Luiz/MA; **Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP; **Paula Pessoa Pereira** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Paulo Fernando Soares Pereira** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Pedro Henrique Pedrosa Nogueira** Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL; **Pedro Júlio Sales D’Araújo** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Rafael da Silva Menezes** Universidade Federal do Amazonas – Manaus/AM; **Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa** Universidade Federal do Amazonas – Manaus/AM; **Rafaela Teixeira Sena Neves** Centro Universitário do Estado do Pará – Belém/PA; **Ranieri Lima Resende** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; **Raquel Von Hohendorff** Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS; **Renata Rocha de Mello Martins Cherubim** FOM University of Applied Sciences – Düsseldorf, Alemanha; **Roberta Camineiro Baggio** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS; **Roberta Simões Nascimento** Universidade de Brasília – Brasília/DF; **Roberto Dalledone Machado Filho** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF; **Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS; **Rodrigo Portela Gomes** Universidade Federal da Paraíba – Santa Rita/PB; **Roger Raupp Rios** Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS; **Saete Maria da Silva** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA; **Talden Queiroz Farias** Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/PB; **Trícia Navarro** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES; **Vinicius Klein** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Vitor Sousa Freitas** Universidade Federal de Goiás – Goiás/GO; **Walmes Marques Zeviani** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Walter Guandalini Junior** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR; **Welder Queiroz dos Santos** Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT; **Wilson Alves de Souza** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA.

Esta Revista foi finalizada em dezembro de 2024 pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta na fonte Crimson Pro.



*Download
gratuito*

